



# CATÓLICA

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

---

## **A relevância do testemunho da criança vítima de abuso sexual**

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção  
do grau de Mestre em Direito

- Especialização em Direito Criminal -

Inês Zeferina Dias Martins



**CATÓLICA**  
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

---

# **A relevância do testemunho da criança vítima de abuso sexual**

Dissertação Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de  
Mestre em Direito

- Especialização em Direito Criminal -

Inês Zeferina Dias Martins

Trabalho efetuado sob a orientação de

Mestre Sandra Tavares

Porto, Maio de 2013

## Índice

Introdução: .....	5
1. A prova em processo penal: .....	7
1.1. Prova como resultado, meios de prova, meios de obtenção de prova: .....	9
1.2. Princípios relativos à prova: .....	10
1.2.1. Princípio da legalidade: .....	10
1.2.2. Princípio da livre apreciação da prova: .....	11
1.2.3. Princípio da imediação: .....	12
1.2.4. Princípio da investigação e da verdade material: .....	13
1.2.6. Princípio do <i>in dubio pro reo</i> : .....	15
1.2.7. Princípio do contraditório: .....	16
2. Conceito de testemunha: .....	17
2.1. Capacidade e dever de testemunhar: .....	21
3. A Criança como testemunha em crimes de abuso sexual: .....	23
3.1. Avaliação da capacidade de testemunhar: .....	26
3.2. Problemáticas e preconceitos associados ao depoimento da criança: .....	28
3.2.1. Da mentira: .....	28
3.2.2. Da sugestionabilidade: .....	29
3.2.3. Da fantasia: .....	31
3.2.4. Das capacidades mnésicas: .....	32
3.2.5. Da linguagem: .....	33
4. Declarações para memória futura: .....	34
5. A valoração da prova e o princípio da livre apreciação da prova: .....	39
Conclusão: .....	43
<b>Bibliografia:</b> .....	45

## **SIGLAS**

**CC** - Código Civil

**CP** - Código Penal

**CPP** - Código de Processo Penal

**CRP** - Constituição da República Portuguesa

# Introdução:

A participação de crianças no processo judicial tem estreitado as relações entre o Direito e a Psicologia. Estes contactos deram origem à Psicologia Forense, ramo que visa aplicar "os quadros teóricos e metodológicos"<sup>1</sup> da área de psicologia às questões e decisões judiciais. Neste estudo abordaremos uma das principais dificuldades que, de acordo com a literatura especializada, se colocam no contacto da criança com sistema legal, a produção da prova testemunhal.

O testemunho da criança, enquanto meio probatório, está envolto em controvérsia. Por um lado, na grande maioria das suspeitas de abuso sexual inexistem vestígios físicos ou biológicos comprováveis por exame físico médico-legal<sup>2</sup> ou inexistente um "perfil psicológico de criança abusada"<sup>3</sup>, o que faz com que o relato dos acontecimentos pela criança seja o único meio de prova<sup>4</sup>. Por outro lado, a idade diminuta da criança acarreta dificuldades acrescidas à valoração do seu testemunho, como as suas dificuldades de linguagem, as suas capacidades mnésicas, noções de verdade e mentira, entre outros.

Nestas circunstâncias, o direito precisa socorrer-se dos conhecimentos de outras áreas de saber para ter presente que características e fatores podem afetar o testemunho da criança e em que sentido, de forma a ser possível obter um depoimento que ajude na descoberta da verdade material.

É considerado menor qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos<sup>5</sup>; no entanto, visto o nosso estudo estar centrado nas dificuldades de recolha e de atribuição de credibilidade do depoimento, focamos a nossa atenção nas crianças até aos 14 anos. Tal delimitação justifica-se pelo facto de os problemas suscitados na presente dissertação não terem aplicação em crianças a partir dos 14 anos, das quais, por exemplo, ninguém questiona serem capazes de distinguir entre verdade e mentira; ou se tal é questionado, estamos perante crianças com défices intelectuais (vulgo, deficiência mental), as quais não estão incluídas no objeto do nosso estudo. Optou-se pela fronteira dos 14 anos, seguindo-se a

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Catarina. *A criança na justiça - trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 43.

<sup>2</sup> JARDIM, Patrícia e MAGALHAES, Teresa. "Indicadores físicos e biológicos de abuso sexual", in *Abuso de Crianças e Jovens - da suspeita ao diagnóstico*. Lisboa: Lidel - edições técnicas, 2010, p. 109.

<sup>3</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 113.

<sup>4</sup> idem, ibidem., p. 113.

<sup>5</sup> Neste sentido: art. 122º CC; art. 1º Convenção sobre os Direitos da Criança, publicada no DR I Série de 12.9.1990.

divisão feita pelo legislador, ao considerar no art. 171º CP crime de abuso sexual de crianças os atos de cariz sexual cometidos com crianças até aos 14 anos e crime de atos sexuais com adolescentes, no art. 173º o relacionamento sexual de um adulto com um menor entre os 14 e os 16 anos.

Este estudo foca a atenção em crianças-vítimas e na sua capacidade de fornecer um depoimento credível. Estamos, obviamente, cientes que há testemunhos falsos, em que as crianças mentem ou são sugestionadas; no entanto, não é esse o objeto desta dissertação. Sem com isto pretendemos qualquer conceito pré-definido quanto à culpa do arguido ou à "santidade da testemunha", propomo-nos demonstrar que a criança, de acordo com a sua faixa etária e fase de desenvolvimento, é capaz de fornecer um depoimento tão precioso para a descoberta da verdade material como o de um adulto, desde que tenha condições para tal.

Neste seguimento, o primeiro capítulo aborda a prova em processo penal, analisando o seu conceito e princípios. O segundo capítulo é focado na prova testemunhal e no papel da testemunha. No terceiro capítulo limita-se o objeto do estudo, focando a atenção na criança, vítima de abuso sexual, enquanto testemunha, analisando a avaliação da capacidade de testemunhar, mencionada no art. 131º, nº3 CPP, e as principais problemáticas associadas ao depoimento de crianças. O quarto capítulo foca-se na relevância das declarações para memória futura. Sendo abordada no quinto capítulo a livre valoração da prova.

# 1. A prova em processo penal:

Germano Marques da Silva salienta que o processo, neste caso o processo penal, se destina à aplicação do direito, aplicação essa que está dependente da existência e verificação de "factos aos quais a ordem jurídica alia a produção de um dado efeito jurídico"<sup>6</sup>. Sendo a norma jurídica constituída por uma previsão e uma estatuição, a previsão é exatamente a situação da vida, o facto ou conjunto de factos, cuja concreta verificação é necessária para desencadear a consequência jurídica fixada na estatuição. Assim, para que o processo penal cumpra o seu objetivo e se conclua, sendo proferida uma decisão final, é necessária a verificação dos factos que condicionam a aplicação do direito, assim como a aplicação do direito verdadeiramente dita. Ora, a atividade probatória visa exatamente convencer da existência ou não existência dos factos pressupostos da estatuição<sup>7</sup>.

O processo penal português tem estrutura acusatória<sup>8</sup>, conforme o art. 32º, nº5 da CRP, integrado pelo princípio da investigação e da verdade material, referindo o nº2 que "toda a condenação deve ser precedida de uma atividade probatória, a cargo da acusação, necessária a afirmar a responsabilidade do arguido, não [competindo] a este a prova da sua inocência"<sup>9</sup>.

Segundo o art. 341º CC as provas tem por função a demonstração da realidade dos factos, referindo-se esta estatuição legal à prova enquanto meio para produzir determinado resultado (meio de prova ou atividade probatória) e ao próprio resultado ou juízo sobre os factos (resultado probatório).<sup>10</sup> Como refere Germano Marques da Silva,

---

<sup>6</sup> SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. 4ª Edição. vol. II. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2008, p. 109.

<sup>7</sup> idem, ibidem, pp. 109-110.

<sup>8</sup> A constituição apresenta o princípio acusatório como um dos princípios estruturantes da "constituição processual penal". Este princípio defende que "só se pode ser julgado por crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento". (CANOTILHO, Gomes JJ.; MOREIRA, Vital. *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, comentário ao art. 32º, anotação XI, p. 522).

<sup>9</sup> JESUS, Francisco Marcolino. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p.73.

<sup>10</sup> Importa salientar a diferença entre prova e indício. "Um indício é um facto que embora não demonstrando a existência do facto *probandum*, demonstra outros factos, os quais, de acordo com as regras da lógica e da experiência, permitem tirar determinadas ilações quanto ao facto que se visa demonstrar". (MATTA, Paulo Saragoça da, "a livre apreciação da prova e dever de fundamentação da sentença". in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 226-227).

embora a finalidade imediata e essencial da prova seja a demonstração da realidade dos factos (prova como atividade provatória), ela serve também como garantia de um processo justo: eliminando o arbítrio, assegurando apenas a utilização de meios lícitos para demonstrar a verdade e obrigando a uma fundamentação das decisões de facto que permitirá uma posterior fiscalização<sup>11</sup>.

Apesar do CC apresentar a prova de um ponto de vista funcional, o CP e o CPP não apresentam qualquer definição desta, referindo-se, no entanto, o CPP à prova em diversos normativos e limitando-se a definir o seu objeto no art. 124º<sup>12</sup>. Através da interpretação desses normativos, no entanto, conclui-se que a prova em processo penal, assemelhando-se ao processo civil, "visa a demonstração dos factos, por só assim se poder exercer o soberano poder jurisdicional penal"<sup>13</sup>.

Ao abrigo do art. 124º do CPP "constituem objeto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis" (nº1), assim como os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil quando haja lugar a pedido civil (nº2)<sup>14</sup>. Germano Marques da Silva<sup>15</sup> refere que os factos juridicamente relevantes no processo correspondem ao tema da prova, sendo que a relevância do facto "é definida em função do objetivo do processo: apurar a existência do crime e a punibilidade do arguido e determinar as consequências do crime"<sup>16</sup>, abrangendo também "os factos relevantes para a verificação dos pressupostos das medidas de coação e de garantia patrimonial e da credibilidade das testemunhas, peritos e consultores técnicos"<sup>17</sup>. Ou seja, o tema da prova são factos<sup>18</sup>,

---

<sup>11</sup> op. cit., pp. 226-227.

<sup>12</sup> FERREIRA, Marques. "Meios de Prova". in *Jornadas de Direito Processual Penal - O novo código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 221.

<sup>13</sup> Paulo Saragoça da Mata, op. cit., p. 225.

<sup>14</sup> Segundo Maia Gonçalves, "a ausência de quaisquer limitações aos factos probandos ou aos meios de prova a usar, com exceção das expressamente previstas nos artigos seguintes ou em outras disposições legais, é afluência do princípio da demanda da verdade material". (GONÇALVES, Maia. "Meios de Prova", in *Jornadas de Direito Processual Penal - O novo código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 194)

<sup>15</sup> op. cit. pp. 118-119.

<sup>16</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, comentário ao art. 124º, anotação 1, p. 314.

<sup>17</sup> idem, ibidem, p.314



não se incluindo argumentos, razões ou questões de direito<sup>19</sup>, sendo os factos então demonstrados através dos meios de prova<sup>20</sup>.

## **1.1. Prova como resultado, meios de prova, meios de obtenção de prova:**

A prova como resultado é a conclusão pretendida pela atividade probatória, é "o pressuposto da decisão que consiste na formação através do processo no espírito da autoridade decisora da convicção de que certa alegação singular de facto, ou a existência ou não de certos factos, é justificadamente aceitável como fundamento da decisão."<sup>21</sup>

O CPP distingue os meios de prova, referidos no título II, do livro III, dos meios de obtenção de prova referidos no título III do mesmo livro. Os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para formar um juízo, ou seja, são "a fonte de convencimento utilizada pelas entidades a quem compete decidir, a cada passo, acerca da veracidade dos *facta probanda*"<sup>22</sup>. Como tal, são meios de prova: as declarações das testemunhas, do arguido, do ofendido e dos peritos, assim como documentos e monumentos. Os meios de obtenção de prova, por seu lado, "não são per si fonte de convencimento, mas permitem obter coisas ou declarações dotadas de aptidão probatória"<sup>23</sup>.

Portanto, "ao processo penal tem, pois, de ser carreados todos os meios de prova necessários à demonstração da existência do crime, da punibilidade do arguido e à

---

<sup>18</sup> Nestes factos incluem-se "não apenas todos os factos relevantes para a existência ou não existência do crime imputado ao arguido na acusação ou na pronúncia a que se refere o art. 124º, nº1 mas também novos factos que consubstanciam uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia - consoante a fase em que tiver lugar a prova - e, eventualmente, comprovem a existência dum crime diverso" (FERREIRA, Marques. op. cit., p. 222), assim como "os factos juridicamente relevantes para a decisão dos diversos incidentes processuais, nomeadamente a aplicação de medidas de coação ou de garantia patrimonial e a justificação da falta de comparecimento". (idem, ibidem, p. 223).

<sup>19</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., pp. 119-120

<sup>20</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 73.

<sup>21</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 113.

<sup>22</sup> SARAGOÇA, Paulo Saragoça. op. cit., p. 226.

<sup>23</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit.. p. 113.

demonstração da pena ou da medida de segurança aplicável ao arguido, consistindo a prova dos factos na demonstração da sua realidade em juízo (art. 341º do C.Civil)"<sup>24</sup>.

Refere Paulo Saragoça da Matta<sup>25</sup> que a prova como resultado apenas se pode considerar existir após a sujeição ao contraditório. Segundo este autor, a lei atribui "força de prova apenas aos meios de prova que sejam produzidos, examinados e sujeitos a contradição em julgamento (art. 355º CPP)"<sup>26</sup>. Logo, sem a sujeição a contraditório, os meios de prova não tem a dignidade necessária para que determinado facto seja considerado como provado<sup>27</sup>. Ou seja, deve ser entendido que antes da produção dos meios de prova e sua sujeição a contraditório, os factos "indiciam os *facta probanda*, mas não chegam para considerar provados os factos"<sup>28</sup>.

## **1.2. Princípios relativos à prova:**

### **1.2.1. Princípio da legalidade:**

Todo o processo penal está subordinado ao princípio da legalidade. Estatui o art. 125º CPP que "são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei". Da interpretação deste artigo depreende-se que existem meios de prova proibidos por lei que não podem ser utilizados em processo penal; assim como, à contrário, que são "admissíveis para a prova de quaisquer factos todos os meios de prova admitidos em direito, ou seja, que não sejam proibidos por lei"<sup>29</sup> não apenas os meios de prova tipificados, mesmo que sejam atípicos.<sup>30</sup>

Francisco Marcolino de Jesus<sup>31</sup>, refere que "ao admitir a existência de limites aos meios de prova, o legislador está, voluntária e intencionalmente, a limitar o princípio da

---

<sup>24</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., pp. 73-74.

<sup>25</sup> MATTA, Paulo Saragoça. op. cit., p. 228.

<sup>26</sup> MATTA, Paulo Saragoça. op. cit., p. 228.

<sup>27</sup> MATTA, Paulo Saragoça. op. cit., p. 228.

<sup>28</sup> MATTA, Paulo Saragoça. op. cit., p. 228.

<sup>29</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit. pp. 136-137.

<sup>30</sup> Marques Ferreira refere que o princípio da legalidade da prova é "insusceptível de se confundir com o princípio da prova legal", isto porque enquanto o princípio da legalidade da prova se reporta à legalidade dos meios de produção de prova e validade da prova por esse meio conseguida, o princípio da prova legal reporta-se à valoração da prova. (FERREIRA, Marques. op. cit., p. 224).

<sup>31</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 82.

verdade material, consagrando a regra da superioridade ética do estado"<sup>32</sup>, já que proíbe que a verdade material seja descoberta a qualquer custo. Ou seja, a legalidade dos meios de prova, as proibições de prova e as regras de produção de prova "são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo critérios da própria verdade material"<sup>33</sup>.

Para Germano Marques da Silva<sup>34</sup> a proibição de prova, estipulada no art. 32º, nº8 CRP<sup>35</sup>, é "um dos meios de que a lei se serve para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos"<sup>36</sup>. Esta proteção é implementada pelo seu efeito dissuasor, já que provas obtidas através da violação das regras de proibição de prova são nulas, não podendo ser utilizadas no processo (art. 126º, nº1 CPP). Ou seja, conforme Francisco Marcolino de Jesus, "as proibições de prova são autênticas limitações à descoberta da verdade material, que têm como efeito a nulidade do ato proibido e bem assim de todos aqueles que dele dependerem e puderem vir a ficar afetados"<sup>37 38</sup>. Ao abrigo do art. 122º CPP, não só a prova proibida é nula, como também o são todos os atos que dessa prova dependam ou que possam ser afetados por ela<sup>39 40</sup>.

### **1.2.2. Princípio da livre apreciação da prova:**

Este princípio será referido em capítulo próprio, aquando da análise da valoração da prova.

---

<sup>32</sup> idem, ibidem, p. 82.

<sup>33</sup> idem, ibidem, p. 81.

<sup>34</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 144.

<sup>35</sup> A nulidade das provas obtidas da forma mencionada no nº8 do art. 32º da CRP baseia-se no facto de a dignidade da pessoa humana (art. 1º CRP) e os princípios fundamentais do estado de direito democrático (art. 2º CRP) serem limites aos interesses e objetivos do processo criminal, não podendo este servir-se de atos que ofendam os direitos fundamentais básicos. (CANOTILHO, Gomes JJ.; MOREIRA, Vital. op. cit., comentário ao art. 32º, anotação XV, p. 524).

<sup>36</sup> idem, ibidem, p. 138.

<sup>37</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 94.

<sup>38</sup> Ao considerar que as provas obtidas desta forma não podem ser valoradas no processo, o legislador está a afirmar que a busca da verdade material não é um valor absoluto, "e por isso não admite que a verdade possa ser procurada usando quaisquer meios, mas tão só admite meios justos, ou seja, legalmente admissíveis". (GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João. *A prova do crime - meios legais para a sua obtenção*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 129).

<sup>39</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 154.

<sup>40</sup> Francisco Marcolino de Jesus chama a atenção que o CPP distingue entre métodos proibidos de prova (os referidos no art., 126º CPP), meios de prova proibidos (meios de prova que a lei não permite que sejam valorizados como tal por lhes faltar um requisito e temas de prova proibidos (temas que a lei não permite que sejam investigados, como por exemplo, factos que constituam segredo de estado – art. 137º CPP). (JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 82).

### 1.2.3. Princípio da imediação:

Segundo Germano Marques da Silva, o princípio da imediação das provas tem dois sentidos<sup>41</sup>. O primeiro refere-se ao "dever de apreciar ou obter os meios de prova mais diretos"<sup>42 43</sup> e o segundo consiste na "recepção da prova pelo órgão legalmente competente"<sup>44</sup>, sendo que o primeiro sentido faz referência à "utilização dos meios de prova originais"<sup>45</sup> e o segundo "pressupõe a oralidade do processo"<sup>46</sup>, defendendo que "os sujeitos processuais devem conhecer direta e pessoalmente das provas para obterem uma visão conjunta dos fundamentos de facto em causa"<sup>47</sup>.

Também Francisco Marcolino de Jesus<sup>48</sup> refere a dupla vertente deste princípio, defendendo que numa primeira análise significa que só quem assistiu à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa pode proferir a decisão jurisdicional, mas que ao abrigo do princípio da imediação também se defende que "na apreciação das provas se deve dar preferência aos factos probandos (...) e que seja feita o mais brevemente possível, logo que finda a audiência de julgamento"<sup>49</sup>.

O princípio da imediação está principalmente ligado à audiência de discussão e julgamento, devendo, segundo Germano Marques da Silva<sup>50</sup>, as testemunhas ser inquiridas diretamente na audiência, não lhes devendo ser lidos os seus depoimentos anteriores, de forma a "garantir a recepção imediata e direta da prova pelo tribunal"<sup>51</sup>, só excecionalmente, sendo a recepção direta da prova impossível é que a prova pode ser obtida de forma indireta"<sup>52</sup>.

---

<sup>41</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 154.

<sup>42</sup> idem, ibidem, p. 154.

<sup>43</sup> A aplicação deste princípio ao arguido já não é tao linear. Desde a alteração do CPP pela lei nº 20/2013 de 21 de Fevereiro, é possível as declarações do arguido, aquando o primeiro interrogatório de arguido detido, serem utilizadas no processo, mesmo que este não preste declarações em audiência de julgamento (art. 141, nº4, b) CPP), podendo as declarações do arguido (ao abrigo do art. 357º, nº1, b) CPP) serem lidas em audiência de julgamento. Esta ressalva vale, com as necessárias adaptações, para os outros princípios tradicionais.

<sup>44</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 154.

<sup>45</sup> idem, ibidem, p. 154

<sup>46</sup> idem, ibidem, p. 154

<sup>47</sup> idem, ibidem, p. 154

<sup>48</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 104.

<sup>49</sup> idem, ibidem, p. 104.

<sup>50</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 154.

<sup>51</sup> idem, ibidem, p. 154.

<sup>52</sup> idem, ibidem, p. 154.

### 1.2.4. Princípio da investigação e da verdade material:

O art. 340º, nº1 do CPP consagra expressamente este princípio ao estatuir que "o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa". Da mesma forma, este princípio também se encontra consagrado nos artigos 323º, a) e b) CPP, que refere os poderes-deveres do presidente do tribunal com vista à descoberta da "verdade material" assim como os artigos 53º, nº1; 158º; 179º, nº1; 181º, nº1; 18, nº1 e 229º, todos do CPP.<sup>53</sup>

Portanto, "não há em processo penal um verdadeiro ónus da prova, estando este, em última instância, a cargo do juiz"<sup>54</sup>. Ou seja, o referido artigo impõe ao tribunal um poder-dever de investigação e esclarecimento do facto submetido a julgamento, não estando este, portanto, limitado à prova produzida pela acusação e pela defesa.<sup>55</sup> Conforme refere Germano Marques da Silva, "definido o objeto do processo pela acusação e delimitado consequentemente o objeto do julgamento, o tribunal deve procurar a reconstrução histórica dos factos, deve procurar por todos os meios processualmente admissíveis alcançar a verdade histórica, independentemente ou para além da contribuição da acusação e da defesa"<sup>56</sup>.

O tribunal deve, então, oficiosamente, ordenar toda a produção de prova que entenda necessária para a descoberta da verdade, já que o processo penal não se pode bastar com a verdade formal, ou seja, com a "reconstrução hipotética dos factos feita apenas com base na contribuição probatória das partes"<sup>57</sup>, já que não se pode admitir que alguém seja penalmente condenado por insuficiência da defesa<sup>58</sup>.

Este princípio, no entanto, não se opõe à estrutura acusatória já que "não impede ou limita a atividade probatória do Ministério Público, do assistente ou do arguido e o seu total aproveitamento pelo tribunal"<sup>59</sup>, apenas estipula que o tribunal não está limitado

---

<sup>53</sup> idem, ibidem, p. 128.

<sup>54</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 105.

<sup>55</sup> idem, ibidem, p. 105.

<sup>56</sup> SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. 4ª Edição. vol. I. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2000, p. 86.

<sup>57</sup> idem, ibidem, p. 86.

<sup>58</sup> idem, ibidem, p. 86.

<sup>59</sup> SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. 4ª Edição. vol. II. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2008, p. 127.

pelos factos aduzidos pelos restantes sujeitos processuais"<sup>60</sup>, como estaria se o processo penal tivesse uma estrutura acusatória pura.<sup>61</sup> Tal não significa que o juiz possa substituir-se à acusação ou à defesa; como refere Germano Marques da Silva<sup>62</sup>, desde logo está vedado ao tribunal "configurar hipóteses de facto diversas do objeto delimitado pela acusação e pela defesa se essa nova hipótese representar uma alteração substancial da acusação"<sup>63</sup> e no que respeita aos meios de prova, a intervenção do juiz, nomeadamente no interrogatório de testemunhas, "deve limitar-se ao esclarecimento pleno da prova produzida pela acusação e pela defesa"<sup>64</sup>, embora possa ordenar a produção dos meios de prova que entenda como necessários à descoberta da verdade material.<sup>65</sup>

Refere Francisco Marcolino de Jesus que, com exceção dos direitos de defesa do arguido e dos preceitos legalmente imperativos sobre a admissibilidade das provas, não é permitida "qualquer restrição ao poder-dever do juiz de ordenar ou autorizar a produção de prova que considere indispensável para a boa decisão da causa - isto é, para a instrução de facto ou para a descoberta da verdade material"<sup>66</sup>. Ou seja, o CPP conjuga "o princípio da investigação ou da verdade material, o princípio do contraditório e as garantias de defesa, de tal forma que nem o primeiro princípio nem as garantias sofrem restrição durante a audiência, mas o segundo princípio não deixa de ser aplicado a qualquer prova que o juiz considere necessária para a boa decisão da causa, apesar da posição de relativa desvantagem da acusação que dessa prova tem posterior conhecimento"<sup>67</sup>.

---

<sup>60</sup> SILVA, Germano Marques. *Curso de processo Penal*. 4ª Edição. Vol. I. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2000, p. 86.

<sup>61</sup> idem, ibidem, p. 86.

<sup>62</sup> SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. 4ª Edição. vol. II. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2008. p. 127.

<sup>63</sup> idem, ibidem, p. 129.

<sup>64</sup> idem, ibidem, pp. 129-130.

<sup>65</sup> idem, ibidem. p. 130.

<sup>66</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 106.

<sup>67</sup> idem, ibidem, p. 106.

### 1.2.5 - Princípio da presunção de inocência:

O princípio da presunção da inocência consagrado no art. 32º, nº2 da CRP<sup>68</sup>, visa a proteção de "pessoas que são objeto de uma suspeita ou acusação, garantindo que não serão julgadas culpadas enquanto não se demonstrarem os factos da imputação através de uma atividade probatória inequívoca"<sup>69</sup>. Segundo Francisco Marcolino de Jesus este princípio estipula que "o processo deve assegurar todas as garantias práticas de defesa do inocente"<sup>70</sup>, sendo que é inocente quem ainda não foi publicamente julgado culpado por sentença transitada em julgado<sup>71</sup>.

De salientar que este princípio, "não é uma verdadeira presunção em sentido jurídico"<sup>72</sup>, é sim um princípio político-jurídico que defende a ideia de que o processo penal "deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente"<sup>73</sup>.

Como já referido, o processo penal tem em vista verificar a existência dos pressupostos legais para a aplicação de uma sanção, sendo a culpa do arguido "a hipótese a comprovar"<sup>74</sup>, não a sua inocência. Logo, o arguido só poderá ser condenado quando se comprovem todos os pressupostos legais para a aplicação da sanção; se tal não for possível deve ser absolvido<sup>75</sup>.

### 1.2.6. Princípio do *in dubio pro reo*:

Muitos autores identificam a presunção de inocência com o princípio *in dubio pro reo*, "no sentido de que um *non liquet* na questão da prova tem de ser sempre valorado a

---

<sup>68</sup> Está também consagrado no art. 18º, nº1 CRP; 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 6º, nº2 da Convenção Europeia para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais. (SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 122).

<sup>69</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 122.

<sup>70</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 107.

<sup>71</sup> idem, ibidem, p. 108.

<sup>72</sup> idem, ibidem, p. 108.

<sup>73</sup> SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. 4ª Edição. vol. I. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2000, p. 82.

<sup>74</sup> SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. 4ª Edição. vol. II. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2008, p. 122.

<sup>75</sup> idem, ibidem., p. 122.

favor do arguido"<sup>76 77</sup>, "não apenas em relação aos elementos constitutivos do tipo de crime, mas também quanto aos tipos justificadores"<sup>78</sup>.

Como já mencionado, impende, em última instância, sobre o juiz o dever de "instruir e esclarecer os factos sujeitos a julgamento através dos meios de prova que oficiosamente tiver por bem carrear para os outros"<sup>79</sup>, inexistindo um ónus da prova a cargo do Ministério Público ou do arguido. Ou seja, ao abrigo do princípio da investigação e da verdade material, "o tribunal é obrigado a reunir as provas necessárias ao proferimento de qualquer decisão condenatória em processo penal"<sup>80</sup>.

Assim sendo, "a falta de prova bastante de qualquer elemento da infração traduz-se na impossibilidade de prossecução contra o arguido"<sup>81</sup>. A incerteza dos factos é equiparada à insuficiência de prova e como tal, favorável ao arguido, já que só é possível uma condenação quando a prova dos factos for feita para além da dúvida razoável<sup>82</sup>.

### **1.2.7. Princípio do contraditório:**

O princípio do contraditório na produção e valoração da prova está previsto no art. 32º, nº5 CRP. Este princípio "traduz-se na estruturação da audiência de julgamento em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa"<sup>83</sup>, sendo ambas "chamadas a deduzir as suas razões de facto e de direito, a oferecer provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a discreter sobre o valor e o resultado de umas e outras"<sup>84</sup>.

Segundo Marques Ferreira, este é um dos princípios fundamentais da matéria de produção e valoração de prova, tendo aplicação, como estatui o referido preceito constitucional, tanto na audiência de discussão e julgamento, como no inquérito e

---

<sup>76</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 83.

<sup>77</sup> No mesmo sentido Marques Ferreira. (FERREIRA, Marques. op. cit., p. 233).

<sup>78</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. op. cit., p. 145

<sup>79</sup> FERREIRA, Marques. op. cit., p. 232.

<sup>80</sup> idem, ibidem, p. 233.

<sup>81</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 110.

<sup>82</sup> idem, ibidem, p. 110.

<sup>83</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit. p. 155.

<sup>84</sup> idem, ibidem, p. 155.



instrução<sup>85</sup>. No entanto, na fase de inquérito, o princípio do contraditório só tem aplicação a alguns dos atos praticados, como sucede com o incidente de declarações para memória futura, previsto no art. 271º CPP<sup>86</sup>.

Referem Gomes Canotilho e Vital Moreira que este princípio impõe: o "dever e direito do juiz ouvir as razões das partes (da acusação e da defesa) em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão"; "direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afetados pela decisão, de forma a garantir-lhes uma influência efetiva no desenvolvimento do processo"; "direito do arguido de intervir no processo e de se pronunciar e contraditar todos os testemunhos, depoimentos e outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo"; proibição [de condenação] por crime diferente do da acusação, sem o arguido ter podido contraditar os respetivos fundamentos"<sup>87</sup>.

Deste princípio retiram-se duas consequências: a primeira que os sujeitos processuais têm direito a oferecer provas sobre os factos, e a segunda que não é possível uma condenação baseada em elementos de prova não discutidos em audiência, já que as provas terão de ser objeto de contraditório em audiência de julgamento<sup>88</sup>. Ou seja, "antes de ser tomada qualquer decisão que afete os sujeitos processuais, o Juiz deve dar-lhes a possibilidade de se pronunciarem sobre a questão decidenda"<sup>89</sup>, podendo, então, "deduzir as suas razões, de facto e de direito, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário, e discreter sobre o valor de umas e outras"<sup>90</sup>.

## 2. Conceito de testemunha:

A prova testemunhal é uma prova pessoal<sup>91</sup>. Segundo Francisco Marcolino de Jesus, "nas provas pessoais é a pessoa que age. Narra ou declara os factos do seu

---

<sup>85</sup> FERREIRA, Marques. op. cit., pp. 233-234.

<sup>86</sup> idem, ibidem, p. 157.

<sup>87</sup> CANOTILHO, Gomes JJ.; MOREIRA, Vital. op. cit., anotação ao art. 32º, comentário XII, p. 522.

<sup>88</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 154.

<sup>89</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 112.

<sup>90</sup> idem, ibidem, p. 112.

<sup>91</sup> Gil Moreira dos Santos refere que "a prova diz-se pessoal quando resulta de um ato de pessoa: o testemunho, o "ditamen" pericial e diz-se real quando resulta da observação das coisas". (SANTOS, Gil Moreira. op. cit., p. 223).

conhecimento. O seu modo de agir é precisamente a declaração"<sup>92</sup>. Sendo a pessoa que age, é fundamental atender a dois aspetos: "a personalidade de quem age"<sup>93</sup> e a noção de que "a declaração nunca vem isenta de um juízo crítico"<sup>94</sup>. Ou seja, como salienta Gil Moreira dos Santos, "temos que atender a condicionalismos vários, conforme o autor dessa declaração"<sup>95</sup>.

Portanto, os factos juridicamente relevantes de que a testemunha tenha conhecimento<sup>96</sup> são o objeto da prova testemunhal. No entanto, embora a prova testemunhal seja fundamentalmente "constituída pela narração dos factos que constituem tema de prova ou dos meios de provas destes, incide também sobre as circunstâncias consideradas relevantes para valorar a credibilidade do testemunho, nomeadamente circunstâncias pessoais da testemunha"<sup>97</sup>.

Abrangido pelo conceito de testemunha encontra-se, então, todo aquele que "independentemente da veste processual, disponha de informação com conteúdo relevante para a verificação probatória dos factos em investigação"<sup>98</sup>.

A figura de testemunha assim entendida abrange um conceito formal e um conceito material. O conceito formal está ligado à sua função como meio de prova, ou seja "contribuir com o seu património cognoscivo" para a descoberta da verdade material, procurando "suscitar na mente do juiz a imagem de factos históricos a demonstrar, através de declarações dotadas de capacidade de convencimento, realizadas ou produzidas de acordo com formalismos consagrados na lei"<sup>99 100</sup>. O conceito material da figura é independente do papel processual assumido, incluindo todas as pessoas que "tenham adquirido perceção dos factos em investigação através do seu aparelho

---

<sup>92</sup> JESUS, Francisco Marcolino. op. cit., p. 78.

<sup>93</sup> SANTOS, Gil Moreira. op. cit., p.227.

<sup>94</sup> idem, ibidem, p. 227.

<sup>95</sup> idem, ibidem, p. 227.

<sup>96</sup> O conhecimento da testemunha adquire-se, por via de regra, através da visão e da audição, mas quando adequado a fazer prova dos factos, o conhecimento pode advir de qualquer dos sentidos. (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. op. cit., p. 151).

<sup>97</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 162.

<sup>98</sup> SILVA, Sandra Oliveira. *A proteção de Testemunhas no Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 18.

<sup>99</sup> idem, ibidem, p. 18.

<sup>100</sup> A legislação processual prevê especificamente várias normas sobre a prova testemunhal, das quais para o estudo em análise salientamos: o limite e objeto do depoimento (art. 128º CPP), capacidade e dever testemunhar (art. 131º CPP), direitos e deveres da testemunha (art. 132º CPP), juramento (sendo que os menores de 16 anos não prestam juramento, art. 91º, nº6, a) CPP), regras de inquirição (art. 138º, 348º e 349º CPP) e recusa de depoimento (art. 134º CPP).

sensorial (visão, audição, tacto) e estejam em condições mnésicas de recuperar e transmitir em juízo conhecimentos com significado para a verificação do tema probatório"<sup>101</sup>.

A testemunha é, então, "chamada a depor sobre as suas percepções de factos e de circunstâncias passadas"<sup>102</sup>, sendo inquirida sobre "factos de que possua conhecimento direto e que constituam objeto de prova"<sup>103</sup> (segundo o nº1 do art. 128º CPP)<sup>104</sup>, "não relevando as suas opiniões sobre o alcance dos factos ou juízos de valor sobre ele, salvo nos casos previsto no nº2 do art. 130º"<sup>105</sup>. Ou seja "o que se espera da testemunha é que dê conta ao tribunal das suas percepções que hão-de servir ao tribunal para formar a sua convicção sobre os factos" <sup>106</sup>, sendo que o juízo sobre esses factos pertence ao tribunal. Excecionalmente, e apenas nas situações previstas na lei, o art. 130º, nº2 CPP permite que o testemunho possa consistir na manifestação de convicções pessoais ou interpretações sobre factos, desde que: seja impossível cindir a opinião/convicção pessoal do depoimento dos factos concretos (alínea a); tiver lugar em função de qualquer ciência ou arte (alínea b) ou ocorrer no estágio de determinação da sanção (alínea c)<sup>107</sup>.

O testemunho é então direto (ou histórico), quando se reporta imediatamente aos factos a provar ou indireto se incidir sobre factos que, com o recurso a regras de experiência, permita uma ligação sobre o facto probando<sup>108</sup>. Em princípio, o testemunho indireto não é permitido<sup>109</sup>, quer resulte "do que se ouviu dizer a pessoas determinadas" (art. 129, nº1 CPP) ou "reproduza vozes ou rumores públicos" (art. 130º CPP), já que tal seria "incompatível com um processo de estrutura acusatória, por ser contrária aos princípios de imediação e de contra- interrogatório"<sup>110</sup>. Esta exigência de conhecimento direto dos factos inquiridos "justifica-se plenamente em razão da exigência da contrariedade e do

---

<sup>101</sup> idem, ibidem, p. 22.

<sup>102</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 161.

<sup>103</sup> idem, ibidem, p. 161.

<sup>104</sup> Só excecionalmente pode a testemunha ser inquirida acerca de fatos dos quais possua conhecimento indireto, ao abrigo do art. 129º CPP. Sendo que mesmo nesse caso a testemunha apenas "atesta ao tribunal o que percebeu" (idem, ibidem, p. 161).

<sup>105</sup> idem, ibidem, p. 161.

<sup>106</sup> idem, ibidem, p. 161.

<sup>107</sup> idem, ibidem, p. 162.

<sup>108</sup> SANTOS, Gil Moreira. op. cit., pp. 221-222.

<sup>109</sup> Sendo apenas permitidos nas circunstâncias referidas no nº1 do art. 129º. CPP. Ou seja, é permitido o testemunho indireto apenas quando não for possível inquirir as pessoas indicadas devido a: morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas.

<sup>110</sup> GONÇALVES, Maia. op. cit., p. 198.

princípio da imediação<sup>111</sup> que caracteriza um processo de sistema acusatório <sup>112</sup>, já que, nas palavras de Marques Ferreira, "a possibilidade efetiva de contrainterrogatório implica que os depoimentos incidam sobre os factos concretos e não sobre o que se diz, e exige, simultaneamente, a presença física de quem o diz para que o tribunal possa aferir a sua credibilidade"<sup>113</sup>.

Salientam Fernando Gonçalves e Manuel João Alves que "a prova testemunhal é talvez o mais importante meio de prova em processo penal"<sup>114</sup>, sendo na grande maioria dos casos o único. No entanto, é também um meio de prova que acarreta grandes riscos de falibilidade, já que "é conhecida a fragilidade humana perante determinadas circunstâncias, em que, tantas vezes, os interesses pessoais e materiais se sobrepõem aos valores e princípios da justiça e da verdade"<sup>115</sup>.

Ou seja, como chama a atenção Germano Marques da Silva, além das situações de depoimentos intencionalmente falsos, a fiabilidade do testemunho acontece também devido à necessidade de "coordenação de vários fatores para que a testemunha possa comunicar com verdade a sua perceção dos factos"<sup>116</sup>. Salienta o autor que para testemunhar, "a testemunha tem antes de mais de ter a perceção sensível dos factos" <sup>117</sup>, sendo essa capacidade de perceção variável conforme as pessoas e conforme várias circunstâncias relativas tanto ao facto em si como à pessoa que está a testemunhar<sup>118</sup>. Também os processos mnésicos envolvidos são bastante complexos: "conservação das impressões sensíveis, primeiro, e evocação e reprodução das recordações, depois"<sup>119</sup>. A isto acresce que o próprio ato de testemunhar é uma situação difícil e delicada, de onde se salientam a "solenidade do ato em que decorre o depoimento e que tantas vezes atemoriza a testemunha, as dificuldades de expressão verbal para transmitir as suas

---

<sup>111</sup> Como já anteriormente referido, o princípio da imediação refere que o juiz deverá ter um contacto imediato, direto, com os elementos de prova, o que só é possível no caso deste meio de prova quando "o depoimento da testemunha se reporta ao contacto direto que teve com os factos objeto de prova e não quando lhes refira vaga e abstratamente tipo "fama est" (FERREIRA, Marques. op. cit., p. 235).

<sup>112</sup> idem, ibidem, p. 235.

<sup>113</sup> idem, ibidem, p. 235.

<sup>114</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. op. cit., p. 151.

<sup>115</sup> idem, ibidem, pp. 151-152.

<sup>116</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p. 163.

<sup>117</sup> idem, ibidem., p. 163.

<sup>118</sup> idem, ibidem., p. 163.

<sup>119</sup> idem, ibidem., p. 163.

recordações, além de muitos outros fatores, condicionam o depoimento, mesmo o da testemunha mais empenhada em só transmitir as suas percepções"<sup>120</sup>.

O legislador reconheceu estas dificuldades consagrando no artigo 138º, nº1 CPP regras de inquirição. Neste sentido, salientamos o nº2 que estabelece que não deverão ser feitas "perguntas sugestivas ou impertinentes, nem quaisquer outras que possam prejudicar a espontaneidade das respostas"; onde claramente se nota a preocupação pela contaminação do depoimento através das próprias perguntas e da sua formulação. Ou seja, como salienta Germano Marques da Silva: a "pergunta que contenha direta ou veladamente uma promessa ou uma ameaça pode suscitar na testemunha o temor de dizer a verdade ou o interesse em mentir; a que ponha em causa, ofensivamente, a credibilidade da testemunha, pode suscitar-lhe como reação o omitir factos relevantes de que tem efetivo conhecimento, o desejo de se libertar do tormento tão pronto quanto possa ou também o mentir como desforra ou autodefesa pela agressão de que está a ser vítima, etc."<sup>121</sup>. Isto é, "não podem criar-se obstáculos, sejam eles quais forem, à espontaneidade da testemunha, nomeadamente a censura ou correção da linguagem por ela usada. É que pode suceder que a testemunha seja levada a omitir factos relevantes por receio de não se saber expressar convenientemente. São também proibidas as perguntas sugestivas, ou seja, aquelas que provocam, inspiram ou simplesmente facilitam uma determinada resposta"<sup>122</sup>.

## **2.1. Capacidade e dever de testemunhar:**

Estipula o nº1 do art. 131º CPP que qualquer pessoa que tenha capacidade para ser testemunha, ou seja que não se encontre interdita por anomalia psíquica, tem igualmente o dever de testemunhar, podendo apenas recusar-se nos casos legalmente previstos. A anomalia psíquica é o único caso previsto na lei de incapacidade de testemunhar, sendo que não deve ser admitido o depoimento da pessoa interdita mesmo que esta possa contribuir para a descoberta da verdade material<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> idem, ibidem., p. 163.

<sup>121</sup> idem, ibidem, pp. 182-183.

<sup>122</sup> idem, ibidem, pp. 182-183.

<sup>123</sup> idem, ibidem, p. 164.

Diferentemente da pessoa interdita está a pessoa que esteja naturalmente incapacitada para testemunhar, devido a inaptidão física ou mental, onde se inclui a falta de maturidade própria da infância. Nestas circunstâncias, compete à autoridade judiciária a verificação, através dos meios que considerar convenientes, da aptidão para depor, decidindo, posterior e livremente, sobre a credibilidade do testemunho<sup>124</sup>.

Neste sentido, aquando de depoimento de menor de dezoito anos, em crime sexual, poderá ser ordenada a perícia sobre a personalidade (art. 131, nº3 CPP). Para Paulo Pinto de Albuquerque o legislador quando estipulou esta perícia teria considerado "a regra da lei penal, que considera menores as pessoas entre os 14 e os 18 anos à data do crime" <sup>125</sup>. No entanto, não encontramos qualquer razão para o mesmo não se aplicar igualmente a pessoas abaixo dos 14 anos, já que crianças abaixo dos 14 anos prestam depoimento da mesma forma que o fazem menores entre os 14 e os 18 anos.

Aliás, o mesmo autor refere a propósito das declarações para memória futura que "a lei penal distingue crimes contra crianças (pessoa até aos 14 anos à data do crime) e os crimes contra menores (pessoa entre os 14 e os 18 anos à data do crime). A lei processual só refere os crimes contra menores. O menor (isto é, a pessoa com idade entre os 14 e os 18 anos à data do crime) que não tenha ainda 18 anos à data da diligência deve nela ser ouvido em declarações para memória futura. A extensão deste regime justifica-se, até por maioria de razão, nos crimes contra crianças"<sup>126</sup>.

Visto o autor considerar que o regime das declarações para memória futura é aplicável a pessoas até aos 18 anos, não nos parece haver razão para a diferenciação de tratamento referida por Paulo Pinto de Albuquerque; devendo, na nossa opinião, a palavra menor referida no art. 131, nº3 CPP incluir também crianças abaixo dos 14 anos. Pois se poderá levantar-se a dúvida da capacidade de testemunhar de menores entre os 14 e os 18 anos, por maioria de razão, maior dúvida ainda se levantará em relação a menores abaixo dos 14 anos.

---

<sup>124</sup> idem, ibidem, p. 165.

<sup>125</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. op. cit., comentário ao art. 131º, anotação 4, p. 349.

<sup>126</sup> idem, ibidem, comentário ao art. 271º, anotação 15, p. 703.

### 3. A Criança como testemunha em crimes de abuso sexual:

Em casos de abuso sexual, o depoimento das vítimas, neste estudo vítimas-crianças, é de extrema importância, sendo, no entanto, também ainda uma área de grande controvérsia<sup>127</sup>.

Na grande maioria dos casos de abuso sexual de menores não são encontrados vestígios físicos ou biológicos, ou sequer evidências de ocorrência de abuso, que o exame médico-legal possa indicar<sup>128</sup>. Assim sendo, o testemunho é, como já mencionado, a principal, e muitas vezes, a única forma de reconstruir o evento. No entanto, na maioria dos casos, devido à dinâmica tipicamente oculta e secreta deste tipo de crime, apenas a vítima e o agressor tem o conhecimento dos factos. Como tal, e visto ser rara a ocorrência de confissão por parte do agressor, apenas o menor vítima pode prestar depoimento e reconstituir assim o acontecimento, sendo as suas declarações a única forma de se aferir a verdade material<sup>129 130</sup>.

Uma das maiores dificuldades em casos de abuso sexual de crianças é precisamente a produção de prova testemunhal<sup>131</sup>, já que existe uma grande tendência de o sistema judicial considerar as crianças como "testemunhas incompetentes e pouco credíveis"<sup>132</sup>, sendo o seu relato muitas vezes tido como inconsistente e contraditório<sup>133</sup>. Todavia, também se começam a levantar cada vez mais dúvidas sobre a adequação dos procedimentos legais para a recolha da informação prestada por crianças<sup>134</sup>.

---

<sup>127</sup> RIBEIRO, Catarina. *A criança na justiça - trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 113.

<sup>128</sup> JARDIM, Patrícia; MAGALHÃES, Teresa. "Indicadores físicos e biológicos de abuso sexual", in *Abuso de Crianças e Jovens - da suspeita ao diagnóstico*. Lisboa: Lidel - Edições Técnicas, 2010, pp. 109-119.

<sup>129</sup> LONDON, Kamala et al. "Disclosure of child sexual abuse - what does the research tell us about the ways that children tell?", in *Psychology, Public Policy, and Law*. 2005, nº1, pp. 194-226.

<sup>130</sup> BRITO, Ana Maria Barata. "Notas da teoria geral da infração na prática judiciária da perseguição dos crimes sexuais com vítimas menores de idade". in *Revista do CEJ*. 1º Semestre de 2011, nº15, [S.l.], p. 294.

<sup>131</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 113.

<sup>132</sup> SAYWITZ, Karen; JAENICKE, Carol; CAMPARO, Lorinda. "Children's knowledge of legal terminology". in *Law and Human Behavior*. 1990, vol. 14, nº6, pp. 523-535.

<sup>133</sup> idem, ibidem., p. 523.

<sup>134</sup> Num estudo realizado (CASHMORE, Judy; BUSSEY, Kay. "Judicial Perceptions of Child Witness Competence". in *Law and Human Behavior*. 1996, vol. 20, nº3, p. 314) acerca da perspectiva da justiça sobre as crianças como testemunhas concluiu-se que o principal problema apontado pelos juristas foi a dificuldade em perceber o discurso da criança, tendo sido salientada a falta de competência dos

Não se pode considerar, no entanto, que o legislador seja indiferente às especificidades de indivíduos particularmente sensíveis ou às consequências da sua colaboração com as instâncias de justiça<sup>135</sup>; daí que a lei 93/99 de 14 de Julho<sup>136</sup> tenha vindo aumentar a proteção das "testemunhas especialmente vulneráveis"<sup>137</sup>. No seu art. 26º, nº2 são estabelecidos como critérios da "especial vulnerabilidade", entre outros, "a diminuta ou avançada idade" do declarante e a circunstância do seu testemunho ser "contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserido em condição de subordinação ou dependência", situação que abrange além da criminalidade intrafamiliar também crianças institucionalizadas<sup>138 139</sup>.

Além das especificidades previstas na lei nº 93/99 que qualifica a criança como "testemunha especialmente vulnerável", o art. 131º, nº3 do CPP prevê a realização de uma perícia à personalidade da vítima quando esta for menor de 18 anos.

Os vários estudos efetuados sobre o testemunho da criança apontam como sendo as questões mais polémicas: a credibilidade do testemunho, a sugestionabilidade, a capacidade mnésica e a distinção entre verdade e mentira<sup>140</sup>.

---

profissionais em interpretar e valorar a informação prestada, não se atribuindo as dificuldades à falta de competência ou de credibilidade da criança.

<sup>135</sup> O envolvimento do menor no processo judicial é uma experiência emocionalmente exigente, potencializadora de, em certas circunstâncias agravar o impacto do abuso ou ter ainda um impacto traumático mais intenso do que a vitimação primária (RIBEIRO, Catarina. op cit., p. 102). A vitimação secundária "diz respeito ao sofrimento decorrente da participação da vítima no sistema judicial" (idem, ibidem, p. 102), estando relacionada com "os esforços que a vítima tem de implementar para a prossecução da investigação" (idem, ibidem, p. 102), que "constituem fontes de stress tao intensas, ou mais, que os factos que lhe deram origem" (idem, ibidem, p. 102). Nesta conformidade, o legislador previu disposições que visam aligeirar o impacto negativo sofrido pelas vítimas aquando do seu contacto com o sistema de justiça. Sandra Silva salienta a "exclusão da publicidade da audiência (art. 87º, nº3 CPP) e a tomada de declarações para memória futura (art. 271º e 294º), ambos do CPP (SILVA, Sandra. op. cit., p. 111).

<sup>136</sup> Lei de proteção de testemunhas (Lei nº 93/99 de 14 de Julho), já posteriormente alterada pela Lei nº 29/2008 de 4 de Julho e mais recentemente pela Lei nº 42/ 2010 de 3 de Setembro.

<sup>137</sup> Esta lei veio trazer para o ordenamento jurídico português as propostas internacionais de criação e maior aplicabilidade de novos mecanismos de proteção de vítimas e testemunhas pautadas na Recomendação do Conselho da Europa R(97) 13. (SILVA, Sandra. op. cit., p. 111).

<sup>138</sup> SILVA, Sandra. op. cit., pp. 161-162.

<sup>139</sup> Refere Rui Patrício que "para efeitos de aplicação das medidas de proteção em causa, nada importa que a pessoa carecida de proteção seja alegada vítima ou não, que assuma ou não a veste processual de assistente, que seja mera testemunha (...), importa tão-só, que possua o conhecimento já mencionado e que veja (direta ou indiretamente, por via de familiares ou pessoas que lhe são próximas) ameaçados certos bens jurídicos (vida, integridade física, integridade psíquica (...))." (PATRÍCIO, Rui. "Proteção de testemunhas em processo penal". in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 283).

<sup>140</sup> Entre os quais salientamos: ZAJAC, Rachel; O'NEILL, Sarah; HAYNE, Harlene. "Disorder in the Courtroom? Child witness under cross-examination". in *Developmental review*. 2012, nº 32, pp. 181-



A necessidade de recolher a informação na posse da criança motivou a criação de uma "disciplina ad hoc do procedimento probatório"<sup>141</sup> com o intuito de garantir a espontaneidade e a veracidade da prova, o que apenas seria possível se o depoente tivesse a serenidade necessária que lhe permitisse recordar e comunicar corretamente os factos<sup>142</sup>.

Neste seguimento, a lei prevê o afastamento do arguido da sala de audiência durante a prestação de declarações do menor "se houver razões para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicá-lo gravemente" (art. 352º, nº1, b) CPP); também partindo do mesmo pressuposto, o art. 349º CPP define que será o juiz presidente a inquirir testemunhas com idades inferiores a 16 anos, após o que os demais sujeitos processuais podem sugerir perguntas adicionais<sup>143</sup>. Neste mesmo sentido vai também a Lei nº 93/99 que acrescenta nos artigos 29º e 30º que o juiz, "com vista à obtenção de respostas livres, espontâneas e verdadeiras" poderá mostrar à testemunha, previamente, "as instalações onde decorrerá o ato" (art. 30º Lei 93/99), "dirigir os trabalhos de forma a que a criança não encontre certos intervenientes do processo (art. 29º, a), ouvir a testemunha com a utilização de meios de ocultação ou de teleconferência (art. 29º, b) e afastar as normas de inquirição de testemunhas, procedendo ele próprio à inquirição, formulando as perguntas adicionais sugerida pelos restantes intervenientes processuais (art. 30º, c)<sup>144</sup>.

A criança, enquanto testemunha vulnerável, deverá ser ouvida no mais curto espaço de tempo após a perceção dos factos e deverá ser evitada a repetição do interrogatório durante o inquérito (art. 28º, nº1 e nº2 da Lei 93/99). Para que o depoimento do menor possa ser tido em conta em julgamento, dever-se-ão seguir todos os pressupostos da tomada de declarações para memória futura (art. 271º CPP), permitindo assim, além de proteger a criança não a sujeitando a ter de repetir a situação de abuso aos vários

---

204.; assim como o estudo de BATTIN, David; CECI, Stephen; LUST, Barbara. "Do children really mean what they say? The forensic implications of preschoolers' linguistic referencing". in *Journal of Applied Developmental Psychology*. 2012, nº33, pp. 167-174. E o estudo de PIPE, Margaret-Ellen et al. Recent research on children's testimony about experienced and witnessed events. in *Developmental Review*. 2004, nº 24, pp. 440-468.

<sup>141</sup> SILVA, Sandra. op. cit., p. 112.

<sup>142</sup> idem, ibidem., p. 112.

<sup>143</sup> idem, ibidem., p. 112.

<sup>144</sup> SILVA, Sandra. op. cit., pp. 111-112.

intervenientes no processo, diminuir uma possível contaminação da prova resultante da passagem do tempo ou de múltiplas perguntas muitas vezes sugestivas<sup>145</sup>.

### 3.1. Avaliação da capacidade de testemunhar:

O artigo 131º, nº3 do CPP, como já referido, estatui a possibilidade de ser solicitada prova pericial sobre a capacidade de testemunhar aquando de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores de 18 anos<sup>146</sup>. Esta perícia "não tem o objetivo de perceber a perspetiva da criança, aceder ao significado da sua experiência ou ao impacto sofrido, mas sim avaliar as capacidades da criança para testemunhar acerca de uma situação específica e ajudar assim a apurar os factos"<sup>147</sup>.

A perícia, tanto no direito processual penal (art. 151º CPP) como no direito civil (art. 388º CC) é um meio de prova que visa "a perceção ou a apreciação dos factos quando para tal se mostrem necessários conhecimentos especiais que não integrem o âmbito de formação específica de quem tem de decidir, para o que são nomeados peritos que possuam o saber técnico-científico ou artístico exigidos"<sup>148</sup>.

Ao abrigo do artigo 154º, nº1 do CPP, o despacho que ordena a perícia em direito processual penal deve conter sumariamente a indicação do seu objeto, podendo, segundo o artigo 156º, nº1 do CPP, ser "formulados quesitos quando a sua existência se revelar conveniente". No entanto, no caso da perícia referida no artigo 131º, nº3 do CPP, o seu objeto já decorre da própria lei, sendo ordenada perícia à personalidade de

---

<sup>145</sup> idem, ibidem., p. 112.

<sup>146</sup> Esta perícia não se confunde com a perícia de psicologia forense realizada aquando da perícia médico-legal. "Confirmando-se uma possibilidade razoável de ter ocorrido o crime em questão, dever-se-á realizar, o mais rapidamente possível, as perícias de medicina legal e de psicologia forense". (COSTA, Diogo Pinto; TABORDA, Maria João; MAGALHÃES, Teresa. "Da suspeita ou detecção à sinalização do abuso". in *Abuso de Crianças e Jovens - da suspeita ao diagnóstico*. Lisboa: Lidel Edições Técnicas, 2010, p. 143). A perícia forense compreende a realização de exame psicológico (o qual efetua a valoração e interpretação das informações prestadas pela criança e por outras pessoas também entrevistadas, avalia o impacto psicológico, podendo ainda incluir a informação requerida pelo nº3 do art. 131º CPP), o exame médico-legal (colheita de informação sobre os dados clínicos, exame físico e colheita de vestígios biológicos e não biológicos) e exames complementares de diagnóstico (e.g., análises clínicas, exame microbiológicos) (idem, ibidem., p. 143).

<sup>147</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 115.

<sup>148</sup> CARMO, Rui. "A prova pericial: enquadramento legal". in *Manual de Psicologia Forense: Contextos, práticas e desafios*. Braga: Psíquibrios Edições, 2011, p. 35.

pessoa menor de 18 anos que deva depor em processo penal por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores<sup>149</sup>.

A criança entendida como uma testemunha vulnerável necessita ser sujeita a uma avaliação das suas capacidades para o ato de testemunhar<sup>150</sup>. Este "ceticismo do sistema judicial relativamente ao testemunho da criança está associado ao facto de ser analisado de acordo com critérios do adulto"<sup>151</sup>.

A perícia ordenada ao abrigo do nº3 do art. 131º do CPP não se destina a recolher o testemunho da criança sobre o abuso, pois a prova testemunhal tem como requisito de validade "ser recolhida com respeito pela sua disciplina normativa, e esta está sujeita aos princípios da oralidade<sup>152</sup> e da imediação"<sup>153</sup> nem visa aferir da sua credibilidade, valorando a veracidade do conteúdo do depoimento prestado, pois esta avaliação está sujeita ao princípio da livre apreciação da prova<sup>154</sup>. Esta perícia visa, sim, a avaliação e apreciação das competências e características da personalidade de quem presta o depoimento<sup>155</sup>. Ou seja, tem por objetivo aferir do desenvolvimento da criança a nível da linguagem (avaliando entre outros, a riqueza de vocabulário e significado de conceitos, a construção frásica, a capacidade narrativa e a inteligibilidade do discurso), memória, atenção, sugestionabilidade e capacidade de corrigir e contradizer o entrevistador, distinção entre fantasia e realidade e distinção entre verdade e mentira<sup>156</sup>.

Neste sentido o acórdão de 23/10/2008 do Supremo Tribunal de Justiça, que teve como relator o Juiz Conselheiro Simas Santos, estatui que "as perícias para avaliar a credibilidade de qualquer pessoa que deva testemunhar apenas tem por finalidade conhecer a aptidão psíquica e características psicológicas e de personalidade de quem irá prestar testemunho, cujo conhecimento (características psicológicas e de personalidade) é relevante para o tribunal determinar em que medida as mesmas

---

<sup>149</sup> idem, ibidem, p. 35.

<sup>150</sup> PEIXOTO, Carlos. Avaliação da Credibilidade de alegações de abuso sexual de crianças: uma perspetiva psicológica forense. Tese de Doutoramento, Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação do Porto, Porto, 2011, p. 39.

<sup>151</sup> HAESEVOETS, 1999, cit. in. PEIXOTO, CARLOS, ibidem, p. 39.

<sup>152</sup> Segundo o princípio da oralidade, "só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão". (SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. 4ª Edição. vol. I. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2000, p. 90).

<sup>153</sup> CARMO, RUI. op. cit., p. 45.

<sup>154</sup> idem, ibidem., p. 46.

<sup>155</sup> idem, ibidem., p. 46.

<sup>156</sup> idem, ibidem., p. 79.

(características) podem influenciar o seu depoimento. Ou seja, o que está em causa é a credibilidade da testemunha, não a credibilidade da versão que esta apresenta dos factos"<sup>157</sup>.

## **3.2. Problemáticas e preconceitos associados ao depoimento da criança:**

Como já referido, o artigo 131º, nº3 do CPP refere a possibilidade de ser requerida uma perícia da personalidade do menor quando haja suspeitas deste ter sido vítima de abuso sexual, pretendendo-se averiguar quanto à sua capacidade de testemunhar. Esta avaliação visa aferir a credibilidade do seu discurso e "surge como resposta a uma ideia preconcebida, e baseada sobretudo em más interpretações e aplicações incorretas de teorias psicológicas como as de Freud e de Piaget, de que a criança é mentirosa compulsiva e que permanece num mundo imaginário"<sup>158</sup>.

Estas ideias preconcebidas fazem com que normalmente a criança não seja considerada como capaz de fornecer um testemunho credível, sendo que por credibilidade se entende "o processo avaliativo que certifica se alguém é passível de ser acreditado e daquilo que afirma ser valorizado"<sup>159</sup>.

Neste seguimento tem sido apontadas três grandes problemáticas para a credibilidade, ou não credibilidade, do discurso da criança: mentira, sugestionabilidade e fantasia<sup>160</sup>.

### **3.2.1. Da mentira:**

O debate sobre a capacidade, ou falta desta, da criança de prestar testemunho está muito ligado à capacidade desta distinguir verdade e mentira, sendo tal diferenciação considerada fundamental para se apurar a verdade material<sup>161</sup>. No entanto, Catarina Ribeiro chama a atenção que "embora a capacidade de discernimento esteja presente na

---

<sup>157</sup> PEIXOTO, Carlos, op. cit., p. 40.

<sup>158</sup> idem, ibidem, pp. 12-13.

<sup>159</sup> idem, ibidem, p. 27.

<sup>160</sup> idem, ibidem. p. 27.

<sup>161</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 115.

maioria dos adultos, mesmo assim são diariamente proferidas mentiras nos tribunais do mundo inteiro"<sup>162</sup>.

Segundo Vrij citado por Carlos Peixoto, a mentira "é uma tentativa deliberada, e sem aviso prévio, bem ou mal sucedida, de criar no outro uma crença que o comunicador considera falsa"<sup>163</sup>. De acordo com Chenevière et al., citados por Carlos Peixoto, a capacidade de mentir é adquirida de forma progressiva, sendo que a capacidade para distinguir entre verdade e mentira é adquirida a partir dos 3/ 4 anos. No entanto, embora as crianças consigam mentir bastante precocemente, estas tem bastante dificuldade em manter essas mentiras de forma sistemática; ao mesmo tempo as crianças a partir do momento que sabem a diferença entre a verdade e a mentira sabem que devem dizer a verdade<sup>164</sup>.

As crianças mentem por várias razões, sendo a fuga ao castigo e a obtenção de recompensa as mais frequentes<sup>165</sup>. No entanto, salientam Ceci e Lust<sup>166</sup>, as crianças também mentem quando tal lhes é pedido; sendo que, no entanto, mesmo com a autorização de um adulto as crianças tem noção que estão a mentir e que mentir é errado<sup>167</sup>.

### **3.2.2. Da sugestionabilidade:**

Peter Newcombe e Michael Siegal definem sugestionabilidade a partir da definição dada por Gudonsson (1986) como sendo a extensão até à qual as pessoas primeiro aceitam e depois incorporam informação pós-evento na sua coleção de memórias<sup>168</sup>.

Ou seja, a sugestionabilidade é uma forma de distorção da memória e, como todas as formas de distorção, é intrínseca ao funcionamento normal da memória humana<sup>169</sup>, sendo, portanto, uma tendência inconsciente da criança.

---

<sup>162</sup> idem, ibidem, p. 115.

<sup>163</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 27.

<sup>164</sup> idem, ibidem. p. 27.

<sup>165</sup> HAESEVOETS. cit in. PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 27.

<sup>166</sup> BATTIN, David; CECI, Stephen; LUST, Barbara. op. cit., p. 169.

<sup>167</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 28.

<sup>168</sup> NEWCOMBE, Peter; SIEGAL, Michael. "Where to look first for suggestibility in young children". in *Gognition*. 1996, nº 59, pp. 337-356.

<sup>169</sup> WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy. "Research on children's suggestibility: implications for the investigative interview". in *International perspectives on child abuse and children's testimony: psychological research and law*. Chicago: SAGE Publications Inc., 1996, pp. 12-43.

Como tal, Loftus e Davies, referidos por Amye R. Warren e Lucy McGough defendem que a pergunta relevante não é "se as crianças são sugestionáveis", mas sim "se as crianças são mais sugestionáveis do que os adultos"<sup>170</sup>. Ceci e Lust respondem à questão, defendendo que crianças não são necessariamente mais sugestionáveis do que os adultos, mas existem certos fatores sociais e cognitivos, incluindo o contexto onde decorre a entrevista e a postura do entrevistador, que criam condições que potenciam e aumentam a sugestionabilidade das crianças<sup>171</sup>.

A precisão dos relatos da criança depende, então, principalmente da preparação e capacidade de quem a está a inquirir, devendo ser prestada especial atenção às particularidades de obter um depoimento de uma criança, particularidades diferentes de obter o depoimento de um adulto. É de extrema importância evitar perguntas sugestivas que erradamente deem a entender à criança que o entrevistador está à espera de uma resposta em determinado sentido; esta situação poderá levar o menor a tentar "dar a resposta correta"<sup>172</sup>. Esta ideia de que as crianças procuram dar a resposta correta é confirmada num estudo de Toglia, Ross, Ceci e Hembrooke<sup>173</sup>, onde se chegou à conclusão que aquando de informação prestada por uma figura de autoridade que tenha (ou pareça ter) conhecimento da situação em causa, as crianças tendem a seguir a sua sugestão/orientação, mesmo quando a informação seja diferente da que tinham memória. No mesmo sentido, também, quando as crianças mudam as suas respostas aquando de uma repetição da pergunta; esta situação, muitas vezes, deve-se não a sugestionabilidade, mas a interpretação que a criança fez da razão da repetição da pergunta, entendendo-a muitas vezes como consequência de ter dado uma resposta errada<sup>174</sup>.

Peter Newcombe e Michael Siegal<sup>175</sup> defendem que a sugestionabilidade das crianças, quando exista, se deve principalmente a incompatibilidades nas formas de discurso entre o adulto e a criança, sendo que existe um desnivelamento entre formas de conversar e utilização de expressões e conceitos.

---

<sup>170</sup> idem, *ibidem*. p. 32.

<sup>171</sup> CECI, Stephen; LUST, Barbara. *op. cit.*, p. 168.

<sup>172</sup> WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy. *op. cit.*, p. 36.

<sup>173</sup> referidos por WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy. *op. cit.*, p. 37.

<sup>174</sup> WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy. *op. cit.*, p. 38.

<sup>175</sup> NEWCOMBE, Peter; SIEGAL, Michael. *op. cit.*, p. 342.

No entanto, estes autores chamam especial atenção que, embora as memórias das crianças possam ser distorcidas por eventos pós acontecimento, não o são inevitavelmente<sup>176</sup>, sendo as crianças capazes de fornecer informações precisas quando estejam reunidas as condições para tal<sup>177</sup>.

### **3.2.3. Da fantasia:**

Lamb et al. referem que Piaget apresenta a fantasia da criança como o seu modo de compreender e apreender o mundo envolvente, sendo que a imaginação e o jogo simbólico são dois processos essenciais de desenvolvimento normativo<sup>178</sup>. Embora a fantasia seja característica comum e esperada em crianças entre os 2 e os 7 anos, estas são capazes de distinguir factos reais de fantasiados a partir dos 3 anos e seis meses<sup>179</sup>.

Portanto, as dúvidas acerca da credibilidade do testemunho baseando-se na capacidade imaginativa e fantasiosa das crianças, tem de ter presente que apesar da fantasia estar presente e ser indissociável do desenvolvimento normativo da criança, esta é capaz de distinguir entre factos reais e factos fantasiados, aspeto que se apresenta da maior relevância aquando da obtenção da descrição de um acontecimento por parte da criança<sup>180</sup>.

A estas problemáticas juntam-se outras igualmente potenciadoras de grandes dificuldades: as limitações associadas ao desenvolvimento da criança, onde se inclui a sua linguagem e a sua capacidade mnésica<sup>181</sup>, a impreparação técnica dos intervenientes judiciais para recolher o testemunho da criança (dificuldades em adequar o discurso à idade da criança e interpretar o que a criança diz)<sup>182</sup> e o impacto psicológico e emocional sentido pela criança motivado pela participação direta em tribunal<sup>183</sup>.

---

<sup>176</sup> WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy. op. cit., p. 38.

<sup>177</sup> Neste sentido: PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 55. E SAYWITZ, Karen; JAENICKE, Carol; CAMPARO, Lorinda. op. cit., p. 529.

<sup>178</sup> LAMB, Michael E.; Sternberg, Kathleen J.; Esplin, Phillip W.; Hershkowitz, Irit; Orbach, Yael. "Assessing the credibility of children's allegations of sexual abuse: a survey of recent research". *Learning and individual differences*. 1997. Vol. 9, nº 2, p. 175.

<sup>179</sup> idem, ibidem., p. 178.

<sup>180</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 30.

<sup>181</sup> NEWCOMBE, Peter; SIEGAL, Michael. op. cit., p. 343.

<sup>182</sup> CASHMORE, Judy and BUSSEY, Kay. op. cit., p. 325.

<sup>183</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 118.

### 3.2.4. Das capacidades mnésicas:

As capacidades mnésicas e as competências linguísticas da criança evoluem gradualmente, sendo que as dificuldades a este nível vão sendo progressivamente ultrapassadas, adquirindo a criança, à medida que cresce, cada vez mais recursos cognitivos que lhe permitem evocar as suas vivências<sup>184</sup>.

No entanto, "o tempo que decorre entre o acontecimento e a tomada de declarações é a variável com mais capacidade para distorcer a memória"<sup>185</sup>. Os efeitos provocados pelo tempo de espera entre a ocorrência do facto e a entrevista é o fator que mais diferencia o depoimento do adulto do da criança. As crianças têm tendência para esquecer todo o tipo de informação (relevante, irrelevante, central ou periférica) a ritmos mais rápidos que os adultos. Esta situação coloca as crianças mais suscetíveis a responderem de acordo com a informação que lhes é apresentada após a demora, como já referido<sup>186</sup>.

Baddeley, referido por Carlos Peixoto, refere que a memória envolve três momentos diferentes: "a codificação (registo da experiência na memória), armazenamento (prevenção da memória de acontecimentos num armazenamento a curto e a longo prazo) e a evocação (ato de recordar as experiências passadas)"<sup>187</sup>. Embora apenas consigam relatar acontecimentos ocorridos muito recentemente (geralmente após algumas horas ou poucos dias), as crianças a partir dos 18 a 20 meses são capazes de falar das suas experiências passadas<sup>188</sup>; sendo capazes de relatar memórias pormenorizadas e a longo prazo a partir dos 3 anos de idade, sobretudo quando versem sobre acontecimentos emocionalmente positivos<sup>189</sup>.

No entanto, estados de grande agitação emocional e de stress prejudicam a codificação mnésica, o que pode afetar negativamente a recordação de pormenores<sup>190</sup>. As vítimas de abuso sexual muitas vezes apresentam sinais de perturbação emocional, como por

---

<sup>184</sup> idem, ibidem., p. 118.

<sup>185</sup> SACA, Ana. A prova por declarações da vítima menor de idade: as especiais exigências de proteção da vítima e a descoberta da verdade. Revista do CEJ. 2011, 1º Semestre, nº15, p. 323.

<sup>186</sup> WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy. op. cit., p. 32.

<sup>187</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 44.

<sup>188</sup> Segundo Eisenberg cit. in Fivush cit. in PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 44).

<sup>189</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 44.

<sup>190</sup> ENGELBERG; CHRISTIANSON, cit. in PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 44.



exemplo ansiedade, depressão, baixa autoestima, entre outros<sup>191</sup>; sendo que "as emoções desencadeadas pela experiência de abuso sexual poderão dificultar, como já mencionado, a recordação de eventos abusivos e relatos dessas mesmas experiências"<sup>192</sup>.

Ou seja, o estado emocional da criança pode condicionar a qualidade do depoimento prestado, sendo que a relevância da participação do menor depende fundamentalmente da abordagem que lhe é feita pelo adulto<sup>193</sup>. Neste seguimento, existem várias estratégias, que deram origem a guidelines<sup>194</sup> que devem ser seguidas por profissionais que intervêm com a criança, para otimizar as condições em que esta deve testemunhar<sup>195</sup>. Entre as várias recomendações previstas, salientamos a audição da criança através de videoconferência<sup>196</sup>, assim como as declarações para memória futura<sup>197</sup>, já consagradas na lei, de forma a salvaguardar a criança de "estar exposta ao ambiente de tensão que caracteriza o julgamento e não ter de estar frente a frente com o agressor"<sup>198</sup>.

### **3.2.5. Da linguagem:**

Outra grande dificuldade na obtenção do testemunho de vítimas menores é a intangibilidade do discurso da criança<sup>199</sup>. Nas palavras de Rui do Carmo "o momento de inquirição, enquanto processo comunicacional, pressupõe a troca de informação (...) entre o menor e o sistema de justiça, geralmente na pessoa do juiz. Uma comunicação

---

<sup>191</sup> PEIXOTO, Carlos; RIBEIRO, Catarina. Indicadores Psicológicos de abuso" Abuso de Crianças e Jovens - da suspeita ao diagnóstico. Lisboa: Lidel - Edições Técnicas, 2010, pp. 39-47. Para uma mais pormenorizada lista de manifestações de impacto psicológico sofrido por crianças vítimas de abuso sexual, consultar os referidos autores.

<sup>192</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 57.

<sup>193</sup> Neste sentido PEIXOTO, Carlos; RIBEIRO, Catarina; LAMB, Michael. "Forensic interview protocol in child sexual abuse: why and what for". Abuse & Neglect series. SPECAN-Sociedade Portuguesa para o estudo da criança abusada e negligenciada. 2011, pp. 161-174.

<sup>194</sup> De entre eles, salientamos o manual Core da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima.

<sup>195</sup> NEWCOMBE, Peter; SIEGAL, Michael. op. cit., p. 339.

<sup>196</sup> Referida nos artigos 29º, b) e art. 5º a 14º da Lei 93/99 de 14 de Julho.

<sup>197</sup> Prevista nos art. 271º, 294º e 320º do CPP e art. 28º, nº2 da Lei 93/99 de 14 de Julho.

<sup>198</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 119.

<sup>199</sup> Jones, cit. in. PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 41.

eficaz requer que ambas as partes estejam capazes de interagir e de se compreender mutuamente"<sup>200</sup>.

Aquando da análise da capacidade linguística da criança há que ter presente que as crianças nem sempre são consistentes na forma como pronunciam as palavras, sendo que muitas vezes evitam certas palavras por não as saberem pronunciar corretamente<sup>201</sup>. Este é um ponto a salientar pois a percepção errada de uma expressão usada pela criança por quem obtém o depoimento poderá levar a erros de decisão ou até mesmo suggestionar o menor, repetindo uma determinada palavra no sentido de melhor perceber o que foi dito<sup>202</sup>.

## **4. Declarações para memória futura:**

Ao abrigo dos art. 271º, 294º e 320º do CPP, as declarações para memória futura constituem "uma exceção à regra da imediação vigente no nosso processo penal, segundo a qual as declarações que podem ser utilizadas como prova em julgamento, e portanto para fundamentar uma condenação, terão de ser prestadas em audiência de julgamento"<sup>203</sup>.

Da leitura do art. 271º, nº1 CPP conclui-se que o recurso a declarações para memória futura pode ser motivado por duas razões distintas: a previsível impossibilidade de comparência em audiência de discussão e julgamento aquando de doença grave ou deslocação para o estrangeiro e a quando de depoimento de "vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual". Embora em ambas as hipóteses o objetivo de recolher o depoimento antecipado seja impedir que a obtenção da prova necessária ao esclarecimento da verdade se torne inviável, nas situação de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual visa-se, também, garantir a espontaneidade e genuinidade do testemunho, assim como proteger a vítima-

---

<sup>200</sup> CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. "Declarações para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais: orientações para técnicos habilitados". Manual de psicologia forense: contextos, práticas e desafios. Psíquilibrium edições. 2011. p. 75.

<sup>201</sup> KLEMFUSS, J. Zoe; CECI, Stephen. "Legal and psychological perspectives on children's competence to testify in court". Developmental Review. 2012, nº32. pp. 268-286.

<sup>202</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., pp. 42-44.

<sup>203</sup> CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., p. 66.

testemunha<sup>204</sup>. Atualmente, desde a revisão de 2007 do CPP, a recolha de declarações para memória futura aquando de crime contra a liberdade e autodeterminação em que a vítima é um menor tornou-se obrigatória ao abrigo do nº2 do art. 271º CPP.<sup>205</sup>

A tomada de declarações para memória futura visa, então, recolher os elementos probatórios dos factos no primeiro relato do menor, devendo, portanto, ser realizado com a maior proximidade possível do momento da percepção originária do acontecimento<sup>206</sup>. O nº4 do art. 271º demonstra uma preocupação do legislador com a espontaneidade e sinceridade das respostas, chamando a atenção que as declarações do menor deverão ser realizadas "em ambiente informal e reservado"<sup>207</sup>. Esta preocupação com a espontaneidade e sinceridade está, também, presente no art. 26º, nº1 da Lei 93/ 99 que estatui que o depoimento das testemunhas especialmente vulneráveis deverá ocorrer nas melhores condições possíveis e o "mais brevemente possível após a ocorrência do crime" acrescenta o seu art. 28º, nº1<sup>208</sup>. A imposição do ambiente reservado significa que mesmo que o processo se encontre sob o regime de publicidade, está vedado ao público este ato processual. Ou seja, com esta imposição legal estabelece-se "uma exceção à nova regra do art. 87º, nº3, não se permitindo que a vítima consinta na realização à porta aberta da diligência de prestação de declarações para memória futura"<sup>209</sup>.

O nº2 do mesmo artigo salienta a importância de evitar a repetição da audição da testemunha, recomendando que, para tal, seja "requerido o registo nos termos do artigo 271º do Código de Processo Penal"<sup>210</sup>. Catarina Ribeiro salienta a importância desta chamada de atenção por parte do legislador, já que autores como Klemfuss e Ceci<sup>211</sup>, Newcombe e Siegal<sup>212</sup> referem que "a repetição de inquéritos acerca do mesmo assunto, para além de ser penosa para a criança, leva a distorções da informação e, conseqüentemente, a alteração da percepção e relato do facto vivido, o que dificulta

---

<sup>204</sup> idem, ibidem., p. 68.

<sup>205</sup> "A omissão de tomada de declarações para memória futura do menor constitui nulidade sanável, ao abrigo do art. 120º, nº2, d), uma vez que se trata de um ato legalmente obrigatório do inquérito". ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. op. cit., comentário ao art. 271º, anotação 16, p. 703.

<sup>206</sup> SILVA, Sandra. op. cit., p. 165.

<sup>207</sup> idem, ibidem., p. 165.

<sup>208</sup> CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., pp. 66-67.

<sup>209</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. op. cit. comentário ao art. 171º, anotação 18, p. 703.

<sup>210</sup> CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., pp. 66-67.

<sup>211</sup> KLEMFUSS, J. Zoe; CECI, Stephen. op cit., p. 271.

<sup>212</sup> NEWCOMBE, Peter; SIEGAL, Michael. op. cit., pp. 229-341.

claramente a investigação judicial e a integração psicológica da situação por parte da criança"<sup>213</sup>.

O nº8 do art. 271º do CPP refere que a tomada de declarações para memória futura "não prejudica a prestação em depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física e psíquica de pessoa que o deva prestar". Para interpretar este nº8 há que distinguir entre as duas situações em que é possível a obtenção de declarações para memória futura. Nas situações de previsível impossibilidade de comparência em audiência de discussão em julgamento (por doença grave ou deslocação para o estrangeiro), cessando a impossibilidade, "adquire plenitude a regra segundo a qual a prova que fundamenta a convicção do julgador é a prova deduzida no julgamento"<sup>214</sup>. Situação diferente são as declarações para memória futura das vítimas dos crimes expressamente referidos na lei, nomeadamente declarações de menores vítimas de abuso sexual. Nesta situação, as razões que fundamentam a obrigatoriedade da realização das declarações para memória futura afastam a repetição do depoimento da criança em audiência de julgamento, sendo que tal repetição só poderá acontecer excecionalmente, em casos que o tribunal considere imprescindível que, naquele caso concreto, o menor deponha mais uma vez, agora em audiência de discussão em julgamento<sup>215</sup>. No mesmo sentido, Sandra Silva refere que "a natureza vulnerável da testemunha substitui a necessidade de verificação das circunstâncias de previsível impossibilidade de obter o material probatório"<sup>216</sup>, sendo a irrepetibilidade da prova uma "presunção *iuris tantum*"<sup>217</sup>.

O art. 271º, nº3 do CPP estatui que o dia, hora e local da prestação é comunicado ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados dos assistentes e das partes civis. No entanto, o juiz pode afastar o arguido, de modo a assegurar o bom funcionamento da diligência, dando cumprimento ao previsto no art. 352º, nº1, a) e b) do CPP, devendo este ser resumidamente instruído pelo juiz do que se tiver passado quando regressar à sala, sob pena de nulidade<sup>218</sup>. A criança é inquirida pelo juiz de instrução, na presença do Ministério Público, do defensor do arguido e advogados das

---

<sup>213</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit. p. 121.

<sup>214</sup> CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., pp. 69-70.

<sup>215</sup> idem, ibidem., p. 70.

<sup>216</sup> SILVA, Sandra. op. cit., p. 165.

<sup>217</sup> idem, ibidem, p. 165.

<sup>218</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. op. cit. comentário ao art. 171º, anotação 21, pp. 703-704.

partes civis e do assistente (quando os haja), sendo que estes, segundo o nº5 do referido artigo, podem solicitar ao juiz de instrução a formulação de perguntas adicionais, conforme o art. 349º, que "não obstante o silêncio da lei, (...) também é aplicável na diligência para memória futura, atento o interesse protegido por aquela disposição"<sup>219</sup>.

As declarações das crianças são sujeitas a registo áudio e reduzidas a escrito, para mais tarde poderem ser lidas em audiência de julgamento<sup>220</sup>, seguindo-se o artigo 356º, nº2, a) do CPP. O registo audiovisual já está previsto no sistema jurídico português; no entanto só está tipificado para registo do interrogatório do arguido<sup>221</sup>. É de estranhar que tal regime não esteja previsto também para a audição de testemunhas, já que, como refere Carlos Peixoto, a utilização do registo vídeo tem várias vantagens: "permite o registo fiel das declarações da criança, assim como das questões que lhe foram colocadas; torna o processo de obtenção do relato mais célere; permite análise do conteúdo das declarações de forma a podermos certificar-nos da qualidade das informações obtidas; torna possível o registo da comunicação não-verbal da criança; permite que as informações obtidas sejam utilizadas em momentos ulteriores do processo judicial, sem que seja solicitada à criança nova inquirição"<sup>222</sup>.

Reduzir as declarações da criança a escrito é prejudicial, não só para "a espontaneidade das declarações da criança", como também "dos direitos do arguido"<sup>223</sup>, pois, além de na maioria dos casos o registo ser um resumo das declarações prestadas pelo menor, não permite analisar todo o percurso da entrevista, que perguntas foram colocadas e de que forma ou quais as expressões verdadeiramente utilizadas pela criança e em que contexto<sup>224</sup>. No mesmo sentido Paulo Pinto de Albuquerque refere que "as declarações para memória futura devem ser gravadas por meios magnetofónicos ou audiovisuais. Não sendo possível, devem ser utilizados outros meios estenográficos, estenotípicos ou de outra natureza que assegurem a reprodução integral da diligência"<sup>225 226</sup>.

---

<sup>219</sup> CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., pp. 69-70.

<sup>220</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 79.

<sup>221</sup> Segundo o art. 141º, nº7 do CPP (alterado pela lei 20/ 2013de 21 de Fevereiro).

<sup>222</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 79.

<sup>223</sup> idem, ibidem., p. 79.

<sup>224</sup> idem, ibidem., p. 79.

<sup>225</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. op. cit. comentário ao art. 271º, anotação 30, p. 705.

<sup>226</sup> No entanto, o autor refere que "fica pois arredada a possibilidade de documentação por sumula as declarações para memória futura" (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. op. cit. comentário ao art. 271º, anotação 30, p. 705), situação que Carlos Peixoto refere acontecer com relativa frequência (PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 79).

O nº2 do art. 271º CPP refere que aquando de depoimento de menor por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, o menor deve ser assistido no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento. No mesmo sentido, o art. 27, nº2 da lei 93/99 prevê a possibilidade de se autorizar a presença de um familiar da testemunha ou de um técnico especializado (psicólogo ou assistente social) no decurso dos atos processuais<sup>227</sup>. No entanto, Paulo Pinto de Albuquerque chama a atenção que tal acompanhamento não deve ser imposto ao menor, "pois a imposição poderia ser contraproducente e prejudicar a espontaneidade e a sinceridade das respostas"<sup>228</sup>, devendo então o juiz "atender à vontade do menor e afastar o técnico da diligência se o menor expressamente rejeitar a sua assistência"<sup>229</sup>.

A lei não estipula o papel desse acompanhante, mas segundo Sandra Silva "parece que a ratio legis não foi a de criar uma nova categoria de participantes processuais"<sup>230</sup>, devendo este acompanhante agir apenas como pessoa de confiança, agindo como suporte emocional da criança<sup>231</sup>. Salienta a autora que, tratando-se de um técnico especializado, este poderá auxiliar na inquirição da criança, "traduzindo as perguntas numa linguagem compreensível para o declarante, denunciando a inoportunidade ou danosidade de determinados temas e sugerindo ao juiz técnicas mais adequadas na aquisição processual do conteúdo da memória da testemunha"<sup>232</sup>. Carlos Peixoto, pelo seu lado, defende que sendo o técnico especializado um psicólogo forense deveria ser este a realizar a entrevista à criança sob as orientações da entidade que presidisse a diligência, pois o psicólogo "possui as necessárias habilitações para entrevistar de forma adequada a criança"<sup>233 234</sup>. No entanto, face à lei atual, tal não seria possível, sob pena de invalidade das declarações obtidas; concordamos, no entanto, que é necessária uma alteração de lei no sentido de tipificar as atribuições do técnico, as quais poderiam

---

<sup>227</sup> SILVA, Sandra. op. cit., p. 166.

<sup>228</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. op. cit. comentário ao art. 271º, anotação 19, p. 703

<sup>229</sup> idem, ibidem., comentário ao art. 271º, anotação 19, p. 703.

<sup>230</sup> SILVA, Sandra. op. cit., p. 166.

<sup>231</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 79.

<sup>232</sup> SILVA, Sandra. op. cit., p. 167.

<sup>233</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 78.

<sup>234</sup> No mesmo sentido, defendem Sónia Caridade, Célia Ferreira e Rui do Carmo que o técnico referido na lei deverá ter formação em psicologia forense, tendo desta forma conhecimentos técnicos e científicos (e.g., competências de avaliação psicológica e intervenção com vítimas, conhecimentos acerca dos tramites judiciais) que possam contribuir na diligência. (CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., p. 74).

incluir um papel mais ativo na audição da criança e de uma assistência mais direta ao tribunal.

Sónia Caridade, Célia Ferreira e Rui do Carmo têm um entendimento semelhante, considerando que, além de assegurar que a criança está a ser interrogada de modo ajustado ao seu nível desenvolvimental, de forma não sugestiva, de acordo com as técnicas reconhecidas e recomendadas para inquirição de crianças, o referido técnico poderia, se o magistrado judicial assim o entender, ter uma intervenção mais ativa, "atendendo que a literatura da especialidade sugere que a inquirição da criança por um profissional da psicologia (...) poderá constituir uma mais-valia"<sup>235</sup>.

## **5. A valoração da prova e o princípio da livre apreciação da prova:**

A decisão sobre a prática de um crime e a determinação do seu agente "traz indelevelmente consigo a marca da ação humana, do sujeito que, através da utilização dos meios e instrumentos técnico jurídicos ao dispor, analisa toda a prova carreada para o processo e que, afinal, dela se serve para condenar ou absolver o arguido"<sup>236</sup>.

Recaindo sobre o juiz o dever de decidir qualquer situação submetida à apreciação do tribunal, a decisão judicial (que visa pôr termo ao processo) deve ser a manifestação da sua convicção sobre a factualidade em relação à qual foi realizada a prova<sup>237 238</sup>.

O art. 127º do CPP impõe, cumulativamente, dois requisitos à apreciação da prova: que esta seja apreciada segundo "regras da experiência" e segundo a "livre convicção da entidade competente"<sup>239</sup>.

A valoração da prova é livremente apreciada pelo tribunal, sem que o julgador esteja vinculado a uma conjugação de critérios legais que conduzam necessariamente a

---

<sup>235</sup> CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., p. 77.

<sup>236</sup> NEVES, Rosa Vieira. *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*. 1ª Edição. Coimbra Editora, 2001, p. 17.

<sup>237</sup> Já que a prova é "fonte de conhecimento e, por conseguinte, do convencimento do julgador". (idem, ibidem., p. 55).

<sup>238</sup> idem, ibidem., p. 55.

<sup>239</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. op. cit., p. 40.

determinado resultado<sup>240</sup>. Em relação à livre apreciação, refere Paulo Saragoça da Matta que "ao abrigo de tal poder o julgador, na ponderação a haver, deverá pautar-se por regras lógicas e de racionalidade, de modo tal que quando confrontados terceiros com o decidido possam estes aderir ou afastar-se, também racionalmente, da valoração feita"<sup>241</sup>. Ou seja, embora a prova seja livremente apreciada, tal apreciação não pode traduzir-se na prática de um ato discricionário, antes "é um momento de legalidade vinculada (ainda que a valoração não esteja pré-determinada)"<sup>242</sup>.

Portanto, esta liberdade visa criar "um poder que na sua essência, estrutura e exercício se terá de configurar como um dever, justificado e comunicacional"<sup>243</sup>, sendo que para tal é necessário que "todo o caminho da prova, desde a sua admissão ou recolha até a sua valoração, seja suscetível de autocontrolo por parte do julgador e de controlo por parte da comunidade, incluindo dos próprios sujeitos prejudicados com a atividade instrutória em questão"<sup>244</sup>; daí que se exija que a decisão seja fundamentada<sup>245</sup>. A fundamentação da decisão não se basta com a mera indicação dos elementos probatórios ou com a descrição dos factos; deverá ainda transparecer "o desenvolvimento do *iter* juízo probatório conducente ao acerto jurídico da sua decisão"<sup>246</sup>. Ou seja, deverá indicar quais os factos que considerou provados, "evidenciando a coerência interna do seu raciocínio, fazendo a análise crítica em relação a cada um dos meios de prova utilizados, de modo a, inequivocamente, demonstrar, agora externamente, a coesão do juízo valorativo que presidiu à tomada de decisão final"<sup>247</sup>.

Da obrigação de fundamentação transparece a questão de que a decisão final deve ser a "única decisão objetivamente possível"<sup>248</sup> perante os factos alegados e a prova produzida.<sup>249</sup> Ou seja "a fundamentação ou motivação fáctica é *condictio sine qua non* para o exercício do direito de sindicância da própria decisão final por parte dos sujeitos processuais em um primeiro momento; permitindo ao tribunal superior, em um segundo

---

<sup>240</sup> NEVES, Rosa Vieira. op. cit., p. 55.

<sup>241</sup> MATTA, Paulo Saragoça. op. cit., p. 251.

<sup>242</sup> NEVES, Rosa Vieira. op. cit., p. 125.

<sup>243</sup> MATTA, Paulo Saragoça. op. cit., p. 254.

<sup>244</sup> idem, ibidem., p. 254.

<sup>245</sup> Estando o dever de fundamentação constitucionalmente expresso no art. 205º, nº1 CRP. (SILVA, Sandra. op. cit., p. 303).

<sup>246</sup> NEVES, Rosa Vieira. op. cit., p. 137.

<sup>247</sup> idem, ibidem., p. 137.

<sup>248</sup> idem, ibidem., p. 125.

<sup>249</sup> idem, ibidem., pp. 125-126.



momento, apreciar se, atento o princípio da imediação, segundo o qual a prova há-de produzir-se em sede de audiência de discussão e julgamento realizada em primeira instância, em face da matéria tida por provada, o juízo emitido pelo juiz resulta de um processo relacional lógico, coerente e congruente, no sentido de só permitir a solução efetivamente contida na decisão final"<sup>250</sup>.

No entanto, a livre valoração da prova não pode ser entendida "como uma operação puramente subjetiva pela qual se chega a uma conclusão por meio de impressões ou conjeturas de difícil ou impossível objectificação"<sup>251</sup> mas sim como uma "valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permitam objetivar a apreciação"<sup>252</sup>.

Refere Sandra Silva que, segundo a doutrina, a livre apreciação da prova pelo juiz tem restrições que operam a dois níveis. Numa primeira fase, o juiz é obrigado a controlar o fundamento da sua própria apreciação e raciocínio sobre as provas, baseando-se nas "máximas da experiência, cânones de juízo que orientam, sem aprisionar a consciência individual do julgador e garantem *in itinere* a legitimação epistemológica da decisão"<sup>253</sup>. Numa segunda fase, há um controlo do raciocínio e apreciação do juiz por outros sujeitos, seguindo os mesmos critérios racionais<sup>254</sup>, sendo que aqui se incluem "o dever de fundamentação e o direito de recurso"<sup>255</sup>.

Como resulta claramente do art. 127º CPP, este princípio sofre limitações. Refere o preceito legal que "a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente", "salvo quando a lei dispuser diferentemente". Ora a lei dispõe diferentemente "quanto ao valor da prova pericial, art. 163º CPP, quanto ao valor probatório dos documentos autênticos e autenticados, art. 169 CPP; quanto à confissão integral sem reservas do arguido em audiência de julgamento, art. 344º CPP; e quanto ao pedido Cível, art. 84º CPP"<sup>256</sup>. Situações às quais Paulo Pinto de Albuquerque adiciona: as proibições de prova, art. 126º, depoimento indiretos, art. 129º, nº1 e 3; vozes públicas e convicções pessoais, art 130, nº1 e 2; declaração anónima, art.

---

<sup>250</sup> idem, ibidem., p. 137.

<sup>251</sup> SILVA, Germano Marques. op. cit., p.151.

<sup>252</sup> idem, ibidem., p. 151.

<sup>253</sup> SILVA, Sandra. op. cit., p. 298.

<sup>254</sup> idem, ibidem., p. 297.

<sup>255</sup> idem, ibidem., p. 298.

<sup>256</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. op. cit., p. 142.

164º; reproduções mecânicas ilícitas, art. 167º; leitura de declarações prévias ao julgamento, art. 355º a 357º <sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. op. cit., comentário ao art. 127º, anotação 14, p. 331.

## Conclusão:

Todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, punibilidade ou não punibilidade do arguido e determinação da medida da pena ou medida de segurança deverão ser objeto de prova (art. 124º CPP), sendo que é sobre a factualidade objeto de prova que o juiz irá, segundo a sua livre convicção, proferir a sua decisão final.

No entanto, a liberdade de convicção do julgador não pode ser entendida como um "cheque em branco"<sup>258</sup> que permita ao juiz decidir sem pautar a sua atividade por quaisquer critérios. Em vez de um poder discricionário, o juiz tem um poder-dever de legalidade vinculada que, embora não pré determine como a prova deve ser valorada, impõe que a sua decisão seja fundamentada, exprimindo qual os factos que foram considerados provados e como formou a sua convicção em determinado sentido<sup>259</sup>.

Assim, entre outras coisas, é esperado do julgador que tenha uma boa formação multidisciplinar que lhe permita perceber a complexidade e diversidade das situações sobre as quais tem de decidir. Ou seja, o julgador deverá ser capaz de "recolher corretamente a informação imprescindível, de solicitar com utilidade os pareceres dos técnicos, de interpretar e analisar criticamente os elementos coligidos, com vista à construção de uma decisão que responda adequadamente [à situação em questão]"<sup>260</sup>.

Quando o processo em causa necessitar da participação de uma criança, principalmente uma criança que se suspeita ter sido vítima de abuso sexual, o julgador deverá ter presente que esta é diferente de um adulto<sup>261</sup>. O que parece uma observação óbvia e desnecessária, acaba por ser o verdadeiro cerne da questão.

As crianças são frequentemente vistas pelo sistema de justiça como testemunhas incompetentes e pouco credíveis, o seu depoimento é tido como contraditório, inconsistente e confuso<sup>262</sup>. Apesar da relevância do seu depoimento no processo

---

<sup>258</sup> NEVES, Rosa Vieira. op. cit., p. 90.

<sup>259</sup> idem, ibidem. op. cit., pp. 125-137.

<sup>260</sup> CARMO, Rui. "A prova pericial: enquadramento legal". *Manual de Psicologia forense: contextos, práticas e desafios*. Braga: Psiquilíbrios Edições, 2011, p. 56.

<sup>261</sup> HAESEVOETS, 1999, cit. in. PEIXOTO, CARLOS, ibidem, p. 39.

<sup>262</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 114.

judicial, devido a inexistência, em muitos casos, de vestígios físicos e biológicos<sup>263</sup>, este continua a ser menosprezado, alegando-se a incapacidade da criança distinguir entre verdade e mentira, a sua sugestionabilidade, tendência para fantasia, dificuldades de linguagem e fracas capacidades mnésicas. Porém, a investigação especializada atual parece contradizer estas asserções, apresentando as crianças como possuidoras de boas competências comunicacionais e testemunhais<sup>264</sup>. Embora necessário adequar o discurso à idade e fase de desenvolvimento da criança, o principal problema parece estar não na falta de capacidades da criança, mas sim na dificuldades dos diversos intervenientes judiciais em perceber o seu discurso e valorá-lo como prova<sup>265</sup>.

A identificação de preconceitos e de representações dos atores judiciais sobre o envolvimento da criança nos processos judiciais pode chamar a atenção para uma necessidade de ajustar a sua formação de forma a mais adequadamente preparar magistrados e juristas para as diferentes situações encontradas<sup>266</sup>.

Vários autores apontam, ainda, que o sistema judicial atual não é compatível com as necessidades e especificidades das crianças. Dentro desta desapropriação salientam-se a morosidade do sistema, que afeta a memória dos factos, a desadequação dos espaços e as exigências feitas à criança que, embora sujeita a declarações para memória futura, continua a ser inquirida várias vezes, por diversas pessoas, ao longo de todo o processo<sup>267</sup>.

Assim, parece-nos que apesar de existir uma visível preocupação do legislador com a proteção de testemunhas, será necessário ir ainda mais longe, nomeadamente no que diz respeito ao incidente de declarações para memória futura. Desta forma, concordamos com Rui do Carmo quando o autor salienta a necessidade de serem tipificados aspetos centrais como: o momento da inquirição, "a admissibilidade ou não admissibilidade de outras inquirições durante o decurso do inquérito"<sup>268</sup>, qual o "papel do técnico obrigatoriamente nomeado"<sup>269</sup>, e que "meios utilizados para o registo dela"<sup>270</sup>.

---

<sup>263</sup> JARDIM, Patrícia; MAGALHAES, Teresa. op. cit. pp. 109-111.

<sup>264</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., 114. CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., p. 70.

<sup>265</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 114. CASHMORE, Judy; BUSSEY, Kay. op. cit., p. 314.

<sup>266</sup> RIBEIRO, Catarina. op. cit., p. 202.

<sup>267</sup> PEIXOTO, Carlos. op. cit., p. 79. Ribeiro, Catarina. op. cit., p. 109.

<sup>268</sup> CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. op. cit., p. 69.

<sup>269</sup> idem, ibidem., p. 69.

<sup>270</sup> idem, ibidem., p.69.

## Bibliografia:

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da Republica Portuguesa e da Convenção Europeia dos direitos do homem*. 3ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.
- BATTIN, David; CECI, Stephen e LUST, Barbara. "Do children really mean what they say? The forensic implications of preschoolers' linguistic referencing". in *Journal of Applied Developmental Psychology*. 2012, nº33, pp. 167-174.
- BRITO, Ana Maria Barata. "Notas da teoria geral da infração na pratica judiciária da perseguição dos crimes sexuais com vítimas menores de idade". in *Revista do CEJ*. 1º semestre, 2011, nº15, [S.l.]: Centro de estudos judiciários, pp. 294 - 316.
- CANOTILHO, Gomes JJ.; MOREIRA, Vital. *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui. "Declarações para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais: orientações para técnicos habilitados". in *Manual de psicologia forense : contextos praticas e desafios*. Psiquilibrios edições. 2011, pp. 65 - 85.
- CARMO, Rui do. "A prova pericial: enquadramento legal". in *Manual de Psicologia Forense: Contextos praticas e desafios*. Braga: Psiquilibrios Edições, 2011, pp.31 - 56
- CASHMORE, Judy and BUSSEY, Kay. "Judicial Perceptions of Child witness Competence". in *Law and Human Behavior*. 1996, vol. 20, nº3, pp. 313 - 334.
- Código Civil. Coimbra: Almedina. 2012
- Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina. 2012.
- Código Penal. Coimbra: Almedina. 2012.
- Constituição da Republica Portuguesa. Coimbra: Almedina. 2011.
- Convenção sobre os direitos da criança publicada no DR I Série de 12/ 09/ 1990.

- COSTA, Diogo Pinto da; TABORDA, Maria João; MAGALHÃES, Teresa. "Da suspeita ou deteção à sinalização do abuso". in *Abuso de Crianças e Jovens - da suspeita ao diagnóstico*. Lisboa: Lidel edições técnicas, 2010, pp. 139 - 143.
- FERREIRA, Marques. "Meios de Prova". in *Jornadas de Direito Processual Penal - O novo código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pp. 221-270.
- GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João. *A prova do crime - meios legais para a sua obtenção*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- JARDIM, Patrícia e MAGALHAES, Teresa. "Indicadores físicos e biológicos de abuso sexual", in *Abuso de Crianças e Jovens - da suspeita ao diagnóstico*. Lisboa: Lidel - edições técnicas, 2010, pp. 109-119.
- JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2011.
- KLEMFUSS, J. Zoe; CECI, Stephen. "Legal and psychological perspectives on children's competence to testify in court". *Developmental Review*. 2012, nº32. pp. 268 - 286.
- LAMB, Michael E. et al. "Assessing the credibility of children's allegations of sexual abuse: a survey of recent research". *Learning and individual differences*. 1997. vol 9, nº 2, pp. 175 - 194.
- Lei de Proteção de Testemunhas - lei nº 93/ 99, de 14 de julho.
- LONDON, Kamala et al. "Disclosure of child sexual abuse - what does the research tell us about the ways that children tell?", in *Psychology, Public Policy, and Law*. 2005, nº1, pp. 194 - 226.
- MANITA, Celina. "Quando as portas do medo se abrem: do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual". in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens - a função dos juízes socais- actas do encontro*. Coimbra: Livraria Almedina. 2003, pp. 229 - 253.

- MATTA, Paulo Saragoça da, "a livre apreciação da prova e dever de fundamentação da sentença". in *Jornadas de Direito processual Penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp 221 - 279.
- NEVES, Rosa Vieira. *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*. 1º Edição. Coimbra Editora, S.A, 2001.
- NEWCOMBE, Peter; SIEGAL, Michael. "Where to look first for suggestibility in young children". in *Gognition*. 1996, nº 59, pp. 337 - 356.
- PATRÍCIO, Rui. "Proteção de testemunhas em processo penal". in *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 281-306.
- PEIXOTO, Carlos. Avaliação da Credibilidade de alegações de abuso sexual de crianças: uma perspetiva psicológica forense. Tese de Doutoramento, Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação do Porto, Porto, 2011.
- PEIXOTO, Carlos; RIBEIRO, Catarina; LAMB, Michael. "Forensic interview protocol in child sexual abuse: why and what for". in *Abuse & Neglect series*. SPECAN-sociedade Portuguesa para o estudo da criança abusada e negligenciada. 2011, pp. 161 - 174.
- PIPE, Margaret-Ellen et al. Recent research on children's testimony about experienced and witnessed events. in *Developmental Review*. 2004, nº 24. pp. 440 - 468.
- PIPE, Margaret-Ellen et al. Recent research on children's testimony about experienced and witnessed events. in *Developmental Review*. 2004, nº 24. 440 - 468.
- RIBEIRO, Catarina. *A criança na justiça - trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- SACAÚ, Ana. A prova por declarações da vítima menor de idade: as especiais exigências de proteção da vítima e a descoberta da verdade. in *Revista do CEJ*. 2011, 1º Semestre, nº15, pp. 317 - 327.

- SANTOS, Gil Moreira dos. *Noções de Processo Penal*. 2º edição. Porto: Editorial O oiro do Dia, 1994.
- SAYWITZ, Karen; JAENICKE, Carol and CAMPARO, Lorinda. "Children's knowledge of legal terminology". in *Law and Human Behavior*. 1990 , vol 14, nº6, pp. 523 - 535.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 4ª edição. vol. I. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2000.
- SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. 4ª Edição. vol. II. Lisboa; São Paulo: Editorial Verbo, 2008.
- SILVA, Sandra Oliveira e. *A proteção de Testemunhas no Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- WARREN, Amye e MCGOUGH, Lucy. "Research on children's suggestibility: implications for the investigative interview". in *Internacional perspectives on child abuse and children's testimony: psychological research and law*. Chicago: SAGE Publications Inc, 1996, pp. 12-43.
- ZAJAC, Rachel; O'NEILL, Sarah e HAYNE, Harlene. "Disorder in the Courtroom? Child witness under cross-examination". in *Develpmental review*. 2012, nº 32, pp. 181-204.